:: Die Begriffsgrenze zwischen „Besitzdiener“ und :: „Besitzmittler“ insbesondere dem Verwahrungsbesitzer

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Paul Borner, Referendar

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Beuthen OS.
Oberschlesische Zeitung, G. m. b. H.
1911.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Fischer.

Meinen toten Eltern

Lebenslauf.

Ich, Paul Borner, bin am 21. Juli 1884 als Sohn der verstorbenen Grundbesitzers Vinzent und Marie Borner geb. Smiatek in Broslawitz Kr. Tarnowitz geboren. Ich bin katholisch. Meine Schulbildung erhielt ich auf der Volksschule zu Broslawitz bis 1898, von 1899 bis 1900 auf dem Gymnasium zu Gr.-Strehlitz und von da ab auf dem Gymnasium zu Beuthen OS., woselbst ich Ostern 1906 die Reifeprüfung bestand. Darauf bezog ich die Universität Breslau und studierte hierselbst 1 Semester Philosophie und Nationalökonomie und 5 Semester Rechts- und Staatswissenschaften. Am 23. Juli 1909 bestand ich am Kgl. Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung und am 24. Februar 1911 vor der juristischen Fakultät der Universität Breslau die mündliche Doktorprüfung. Vom 14. September 1909 bis 14. Juni 1910 war ich am Kgl. Amtsgericht in Kupp OS., alsdann bis 14. Juni 1911 beim Kgl. Landgericht in Beuthen O.-S., seitdem bin ich bei der Königl. Staatsanwaltschaft zu Gleiwitz als Referendar im Vorbereitungsdienste beschäftigt.

Disposition.

		Seite
§ 1.	A. Besitz, Gewere, Inhabung	7–8
§ 2.	B. Terminologie von „Besitzdiener“ und „unmittelbaren Besitzer“ im Sinne des § 868 B. G. B. . .	8–9
§ 3.	C. Die Schwierigkeiten einer Abgrenzung zwischen Besitzdiener und unmittelbaren Besitzer, insbesondere dem Verwahrungsbesitzer	9–11
	D. Unzulänglichkeit folgender Begriffe für die gesuchte Abgrenzung:	
§ 4.	I. die tatsächliche Gewalt	11–13
§ 5.	II. das Interesse bei der Ausübung der tatsächlichen Gewalt	13–15
	III. das Abhängigkeitsverhältnis	
§ 6.	a) im allgemeinen	15
	b) im besonderen:	
§ 7.	1. die Theorien Bekkers	15–16
§ 8.	2. die Theoie Affolters	16–17
§ 9.	3. die Theorie F. Leonhards	17–19
§ 10.	4. die Theorie der äusseren Erkennbarkeit des Abhängigkeitsverhältnisses: aa) die Theorie Dernburg's u. Endemann's bb) die Theorie Jsay's	19–21
§ 11.	5. die durch die Entfernung und die Dauer beeinflusste Abhängigkeit	21–23
§ 12.	6. die auf einem Rechtsverhältnis beruhende Abhängigkeit	23–24
§ 13.	7. die auf rein tatsächlicher Grundlage beruhende Abhängigkeit	24–26
§ 14.	IV. Das Zurückbehaltungsrecht im Sinne des § 273 B. G. B.	27
	E. Die Notwendigkeit der Zuhilfenahme des subjektiven Moments d. h. des Willens zwecks Feststellung der gesuchten Begriffsgrenze.	
	I. die Erforderlichkeit des Willens zum Besitze:	
§§ 15, 16.	a) tatsächliche	27–29
§§ 17, 18, 19.	b) rechtliche Erwägungen	30–34

Seite

II. Die Erforderlichkeit des Willens zur Besitzdienerschaft:

§ 20. a) tatsächliche)
b) rechtliche Erwägungen) . . . . . 34—36

§ 21. F. Der Wille allein kein ausreichendes Kriterium für die gesuchte Abgrenzung 36

§ 22. G. Das endgiltige Ergebnis . . . . . 37—39

H. Anwendung dieses Ergebnisses auf besonders strittige Fälle:

§ 23. I. Vorstände von Korporationen und gesetzliche Vertreter . . . . . 39—42

§ 24. II. Die Fälle der sogenannten momentanen Detention . . . . . 42—45

§ 1.

Mit der Aufnahme der fremden Rechte drang in Deutschland der römische Begriff des Besitzes ein [1]). Das römische Recht wurde jedoch in der Umbildung aufgenommen, das er durch die italienische Doktrin unter starker Mitwirkung des kanonischen Rechts erfahren hatte. Hierbei war mit den römischen Anschauungen eine Menge germanistischer Anschauungen und Sätze, die dem System der Gewere entstammten, zu einem, teilweise wenig harmonischem Ganzen, verwoben worden.

In den neueren Gesetzbüchern wurde das Recht des Besitzes unter teilweise noch stärkerer Anlehnung an deutschrechtliche Vorstellungen geordnet. Manche Bestandteile des Rechts der Gewere lebten den Gesetzgeber zum Trotz in der Volksanschauung weiter. Dagegen wurde im gemeinen Rechte durch Jhering eine Bewegung eingeleitet, die auf Durchsetzung des reinen römischen Rechtes in der Praxis abzielte. Diese Bewegung wurde indes in den wichtigsten Punkten zurückgedämmt.

Wenn nun auch der erste Entwurf zum B. G. B. den Besitzesbegriff rein romanistisch fassen wollte, so wies dennoch nach völliger Umarbeitung des Besitzrechts das bürgerliche Gesetzbuch so starke Spuren der Einwirkung des deutschen Rechts auf, daß es ohne Anknüpfung an das System der Gewere nicht verstanden werden kann.

Das heutige Besitzrecht setzt zugleich das römische Recht des possesio und das germanische Recht der Gewere fort. Unser Besitzrecht ist zwar römischer Herkunft, in seinem Umfange und seiner Artenbildung wird es aber durch die von ihm übernommene Hinterlassenschaft der Gewere bestimmt [2]).

Für eine Unterscheidung, wie sie bei der Gewere durch den ungleichen Grund ihrer rechtlichen Anerkennung bewirkt wurde, bietet das Besitzrecht des B. G. B. keinen Raum. Der Besitz setzt nur die leibliche Gewere fort. Die ideelle Gewere als solche ist verschwunden. Ihr Rolle hat das Formelrecht des Grundbuchs übernommen.

---

[1]) Zfr. Gierke, Privatrecht S. 209 ff.
[2]) Gierke, a. O. S. 211.

Die Unterscheidung land-, hof- und lehnrechtlicher Gewere fand ihr Nachspiel in der Theorie des geteilten Eigentums.

Gegenüber der Unterscheidung von Eigengewere und beschränkter Sachgewere siegte im gemeinen Recht die romanische Lehre, daß eigentlicher oder juristischer Besitz mit animus Domini sei, während jede andere Sachherrschaft als Inhabung im fremden Namen zu gelten habe. Doch erhielt sich in der Anschauung des Lebens stets eine an das einheimische Recht anknüpfende Betrachtungsweise. Ihr zufolge stellt sich jede auf Ausübung eines eigenen Rechts gerichtete Sachherrschaft als Besitz und nur die lediglich auf Verwaltung vom fremden Recht gerichtete Sachherrschaft als Inhabung dar. Ganz besonders nähert sich dieser Auffassung das preußische Landrecht. Dieses Gesetzbuch unterscheidet vollständigen und unvollständigen Besitz und versteht unter jenem den Eigentumsbesitz, unter diesem jede andere Sachherrschaft. Somit erscheint uns der bloße Verwaltungsbesitz als unselbständige Inhabung, während dem Eigenbesitz der Miets-, Pfand-, Pacht- und Leihbesitz zur Seite tritt. — Noch weiter ist das B. G. B. gegangen. Nach ihm hat nur der unselbständige Verwaltungsbesitzer keinen Besitz, dagegen spricht ihn das Gesetz dem selbständigen Verwaltungsbesitzer zu. Von dem ersteren handelt § 855 B. G. B., vom letzteren § 868 a. O. Man hat diesen beiden Gruppen der Hilfspersonen im Besitz verschiedene Bezeichnungen beigelegt.

§ 2.

Da die Hilfspersonen des § 868 ihren Besitz dem mittelbaren Besitzer vermitteln, so werden sie allgemein „Besitzmittler“ genannt. Goldmann Lilienthal [1]) bezeichnen allerdings diesen Ausdruck als unzutreffend. Denn wenn einer zu einem anderen in einem der in § 868 bezeichneten Verhältnisse steht, so ist er, führen sie aus, an erster Stelle und wesentlich Besitzer. „Daß er dabei einen eigentlich gar nicht bestehenden, sondern vom Gesetze nur fingierten Besitz vermittelt, ist nebensächlich. An erster Stelle ist er Besitzer und will Besitzer sein. Er ist daher unmittelbarer Besitzer zu nennen.“ Wenn sich auch, worauf Goldmann—Lilienthal hinweisen, [2]) die Denkschrift [3]) dieses Ausdruckes bedient, so scheint mir immerhin der andere

[1]) Sachenrecht S. 4 ff.
[2]) a. O.
[3]) S. 169, 170.

treffender zu sein. Denn die Bezeichnung „unmittelbarer Besitzer“ ist unklar und bringt nicht im geringsten zum Ausdruck, daß hinter dem Besitzer des § 868 noch ein anderer Besitzer steht.[1])

Für die Personen des § 855 hat das Gesetz keinen besonderen technischen Ausdruck aufgestellt. Daher sind für sie von den einzelnen Schriftstellern verschiedene Bezeichnungen eingeführt worden. Strohal hat den Begriff unselbständiger Inhaber[2]) aufgestellt. Allein dieser Begriff reicht im Grunde genommen viel weiter und klingt an die Innehabung im Sinne des Ent. I an, welche doch das Gesetz gänzlich ausmerzen wollte. Auch würde diese Bezeichnung im gewissen Sinne auf den Verwahrungsbesitzer Anwendung finden, welcher den Weisungen des Deponenten Folge zu leisten hat, mithin in der Innehabung der ihm anvertrauten Sachen unselbständig ist. Auch der von Dernburg[3]) vorgeschlagene Ausdruck „Besitzgehilfe“ ist unbrauchbar. Er könnte irreführen, da doch gewiß auch der Verwahrer uns den Besitz zu erhalten hilft. Desgleichen ist die Bezeichnung Endemann's[4]) „Besitzhalter“ abzulehnen. Denn der Besitzdiener ist keineswegs ein „Halter“ des Besitzes, vielmehr übt er nur die tatsächliche Gewalt für einen anderen aus. Den meisten Anklang hat der von Bekker[5]) zuerst in Vorschlag gebrachte Ausdruck „Besitzdiener“ gefunden. Dieser Ausdruck trifft in der Tat das Wesen der Sache am besten. Strohal[6]) wendet sich zwar gegen eine solche Bezeichnung, indem er ausführt, daß auch der Gast der das Besteck des Gastwirts gebrauche, unter § 835 falle. Er gebrauche nun aber die Sache im eigenen Interesse, könne daher unmöglich mit Besitzdiener bezeichnet werden. Strohal übersieht hierbei, daß es, wie später dargetan wird, beim Besitzdiener keineswegs auf das Interesse, in welchem er die Sache gebraucht, ankommt.

§ 3.

Beiden Personenklassen der genannten Paragraphen, insbesondere dem Besitzdiener und dem Verwahrungsbesitzer, haftet manches Gemeinsame an. Um nur eins hervorzuheben, steht z. B. für gewöhnlich der Besitzdiener

[1]) cfr. auch Maenner, Sachenrecht S. 126.
[2]) Sachbesitz S. 5
[3]) B. G. B. Sachenrecht § 15.
[4]) B. G. B. 1905, Sachenrecht S. 167.
[5]) Der Besitz beweglicher Sachen S. 42 ff.
[6]) Sachbesitz S. 57.

zum Besitzherrn in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis, indem er den auf die Sache hin beziehenden Weisungen des Besitzherrn Folge zu leisten hat. Aber auch der Verwahrer, der im § 868 ausdrücklich als Besitzer aufgeführt ist, steht zu dem mittelbaren Besitzer dem Deponenten, in einem solchen Verhältnis. Auch er muß den Weisungen des letzteren Folge leisten. Es tritt daher das Kennzeichen zwischen Besitzdiener und Besitzmittler, insbesondere zwischen Besitzdiener und Verwahrungsbesitzer, keineswegs deutlich hervor und die Abgrenzung hat im kontreten Falle sogar ihre großen Schwierigkeiten. Nehmen wir an, es schickt ein Landwirt mehrere seiner Knechte zu seinem einige Meilen weit entfernt wohnenden Bruder, auch einem Landwirt, zur Aushilfe bei der Ernte. Die Knechte, die die Sensen ihres Herrn mitbringen, arbeiten mehrere Tage und verkaufen vor ihrer Heimreise die Sensen an dortige Schnitter. Sind die Schnitter Besitzer der Sensen geworden, oder nicht? Es kommt ganz darauf an, ob wir annehmen, daß die Knechte in dem Moment, da sie die Sensen verkauften, Besitzer oder Besitzdiener waren. Waren sie Besitzer, so haben sie auch Besitz übertragen, und die Schnitter sind Besitzer geworden. Waren sie dagegen Besitzdiener, so konnten sie naturgemäß keinen Besitz übertragen, und die Schnitter sind auch nicht Besitzer der Sensen geworden. Die Frage, ob die Knechte in dem Moment des Verkaufes Besitzer oder Besitzdiener waren, ist für die Substantierung der Klage auf Herausgabe der Sensen von Wichtigkeit. Wie kann man feststellen, ob die Knechte zur fraglichen Zeit Besitzer oder Besitzdiener waren; an welchem charakteristischen Merkmal kann man dies erkennen? Kommt es vielleicht darauf an, wer zu der Zeit des Verkaufes die tatsächliche Gewalt über die Sensen gehabt hat, oder aber ist ausschlaggebend das Abhängigkeitsverhältnis, in welchem die Knechte zu ihrem Herrn standen? Dabei drängt sich wieder die Frage auf, ob nicht durch die größere Entfernung der Knechte von ihrem Herrn das Abhängigkeitsverhältnis nicht mehr als solches im Sinne des § 855 aufgefaßt werden kann, da der Herr infolge der Entfernung nicht mehr in der Lage ist, sofort auf die seinen Leuten gegebenen Sachen einzuwirken, andererseits wohl auch dadurch dieses Abhängigkeitsverhältnis nicht hinreichend nach außen hin zum Ausdruck gebracht wird. Oder aber ist entscheidend der Wille der Knechte, die Sensen nunmehr als ihr Eigentum zu betrachten, bezw. dieser nach außen hin zum Ausdruck gebrachte Wille? Wir sehen so, daß ein ganz einfacher Fall uns schon viele Schwierigkeiten zeigt, mit

denen eine genaue Abgrenzung der beiden Begriffe „Besitzdiener“ und „Besitzmittler“ insbesondere Verwahrungsbesitzer verknüpft ist. Bevor wir nunmehr an die Lösung unserer Aufgabe gehen, wollen wir uns den Text der beiden in Frage kommenden Paragraphen vor Augen führen.

§ 855.

Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer.

§ 868.

Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer.

Um die entscheidende Grenze zu finden, müssen wir die Erfordernisse, welche jeder Paragraph für seinen Personenkreis aufstellt, durchgehen und zusehen, ob diese sich decken, inwieweit sie sich decken, beziehungsweise ob sie auseinandergehen und inwieweit sie auseinandergehen.

§ 4.

Beginnen wir mit dem Erfordernis der tatsächlichen Gewalt. Im § 868 heißt es: „besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher . . . . . .“ Es ist also unzweifelhaft, daß die Personen des § 868 die tatsächliche Gewalt über die Sachen, die ihnen von dem mittelbaren Besitzer gegeben worden sind, haben; denn nach § 854 B. G. B. ist derjenige Besitzer, der die tatsächliche Gewalt über die Sache erlangt hat. Nun sagt § 855 „übt jemand die tatsächliche Gewalt für einen anderen aus . . . .“ Will damit dieser Paragraph dem Besitzdiener die tatsächliche Gewalt zuschreiben oder nicht? Endemann[1]) verneint dies, indem er ausführt, der Besitzdiener habe keinen Besitz; da aber zum Besitz die tatsächliche Gewalt notwendig sei, so könne somit wohl den Besitzherrn, nicht aber dem Besitzdiener die tatsächliche Gewalt zukommen. Desgleichen verneint dies Bahrfuhrt[2]) jedoch mit anderer Begründung.

[1]) Lehrb. des B. G. B. 1905, S. 131.
[2]) Dissertation, Rostock 1905, S. 33.

Er sagt, die tatsächliche Gewalt bedeute nicht lediglich physische Gewalt, sondern jegliche Beziehung der Person zur Sache, auf Grund welcher die Verkehrsauffassung die ausschließliche Zugehörigkeit der Sache zur Person annimmt. Nach diesem Besitzbegriff verneint Bahrfuhrt die tatsächliche Gewalt beim Besitzdiener. Ich meine, daß nach diesem Besitzbegriff Bahrfuhrt eher zu einer Bejahung dieser Frage hätte kommen müssen. Denn es dürfte wohl nicht anzunehmen sein, daß die ausschließliche Zugehörigkeit der Sache zur Person lediglich in der Person des Besitzherrn Platz greift. Wenn dies der Fall wäre, so wäre es doch sicher unerklärlich, wieso dem Besitzdiener, der so in gar keiner Zugehörigkeit zur Sache stände, ein Selbsthilferecht vom Gesetze eingeräumt wäre. Aus dieser Bestimmung ist aber zu ersehen, daß eben nicht die ausschließliche Zugehörigkeit der Sache zur Person beim Besitzherrn vorhanden ist. Wenn man andererseits Endemann's Ansicht folgen wollte, so müsste in zahlreichen Fällen der Besitz negiert werden, obwohl er unzweifelhaft besteht. Es wäre z. B. der Prinzipal, der auf Reisen geht, nicht mehr Besitzer der Waaren, Geschäftsräume u. s. w., weil er entschieden die physische Gewalt über diese Gegenstände nicht mehr hat. Er ist aber doch Besitzer, weil die tatsächliche Gewalt nicht im physischen Sinne, sondern im rechtlich sozialen Sinne zu verstehen ist. Die tatsächliche Gewalt ist nämlich nicht grob sinnlich, sondern übertragen als soziale Gewalt aufzufassen [1]). Die tatsächliche Gewalt im Sinne des Gesetzes kommt daher sowohl dem Besitzherrn als auch dem Besitzdiener zu. Beim letzteren wird in der Regel das Machtverhältnis über die Sache nach der physischen Seite hin neigen, weil der Besitzdiener meist auch die physische Gewalt über die Sache haben wird. Doch dies ist nicht immer erforderlich. Treibt z. B. der Hirt die Herde auf eine in einer gewissen Entfernung vom Stalle liegende Weide und begibt sich dann zurück in den Stall um dort etwas auszuruhen, so übt er immerhin die tatsächliche Gewalt über die Tiere aus. Meldet ihm später ein Junge, jemand treibe die Tiere weg, so kann er ihm nacheilen und das Selbsthilferecht ausüben.

Es ist nämlich nach der Anschauung des täglichen Lebens gleichgiltig, ob der Hirt die ihm anvertrauten Tiere im Stalle hält, oder aber zeitweise draußen unbeaufsichtigt läßt. Wenn eine Herrschaft verreist und den Diener zum Bewachen des Hauses zurückläßt, so hat dieser die tat-

[1]) cfr. Sprenger, Dissert. S. 19.

sächliche Gewalt nicht nur, wenn er sich zu Hause oder in der Nähe des Hauses aufhält, sondern auch, wenn er mit seinem Freunde einen Spaziergang unternimmt. Daß dem Besitzdiener die tatsächliche Gewalt zusteht, dafür spricht noch die Erwägung, daß andernfalls der § 855 überflüssig wäre, denn schon durch § 854 wäre es ausgeschlossen, daß der Besitzdiener Besitzer sein könnte, da ja nach diesem Paragraphen Besitzer ist, wer die tatsächliche Gewalt über die Sache hat. Ferner ist objektiv betrachtet das Verhältnis zur Sache beim Besitzherrn, wie beim Besitzdiener dasselbe. Wenn eine Hausfrau mit ihrem Korbe auf den Markt geht und desgleichen eine Köchin, so ist doch die erstere Besitzerin, die letztere Besitzdienerin, obwohl ihr Verhältnis zu den Körben, objektiv betrachtet, dasselbe ist. Beide üben eben die tatsächliche Gewalt über die Körbe in gleicher Weise aus.

Die tatsächliche Gewalt ist beim Besitzdiener nicht, wie Oppenheim[1]) ausführt, lediglich im physischen Sinne zu verstehen, sondern sie ist dieselbe, wie beim Besitzer. Dafür spricht noch der Umstand, daß auch der Besitzdiener sich in Ausübung der tatsächlichen Gewalt vertreten lassen kann. Man nehme den Fall, daß der Hausknecht des Gasthauses nicht allein das Gepäck der Gäste auf den Bahnhof zu tragen vermag und sich daher einen Teil von einem ihn begleitenden Gepäckträger abnehmen läßt. Der Gast bleibt Besitzer des Gepäcks, denn der Hausknecht behält, obwohl er die Sache einem anderen zum Tragen gegeben hat, die soziale Gewalt über die Sache doch, er kann seinem Nachmanne gegenüber jederzeit das Recht der Selbsthilfe geltend machen.

Hat aber der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt und zwar wie wir gesehen haben, die tatsächliche Gewalt im sozialen Sinne ebenso wie der Besitzer, so ist diese kein geeignetes Moment, das zur Abgrenzung unserer beiden Begriffe dienen könnte.

§ 5.

Der § 855 besagt aber nicht nur, „übt jemand die tatsächliche Gewalt aus“; sondern er sagt weiter, „übt jemand die tatsächliche Gewalt für einen anderen aus.“

Es ist zu prüfen, ob damit gesagt ist, daß der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt über die Sachen lediglich

---

[1]) cfr. Begriff u. Stellung des Besitzdieners Diss. S. 21.

für einen anderen, im Interesse eines anderen und nicht auch für sich in eigenem Interesse ausübt, und ob vielleicht hierin „Besitzdiener“ und „Besitzmittler“ insbesondere der Verwahrungsbesitzer auseinandergehen. Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Kutscher, der mit dem Wagen und den Pferden seines Herrn fährt, die Köchin, die mit dem Geschirr ihrer Herrschaft in der Küche hantiert, der Arbeiter, der das Arbeitsgerät seines Arbeitgebers benutzt, die tatsächliche Gewalt über diese Sachen für ihren Dienstherrn bezw. Arbeitgeber und auch in ihrem Interesse ausüben. Aber es gibt auch zahlreiche Fälle, wo wir schwankend werden, wo wir uns sagen müssen, es liegt ein Besitzdienerverhältnis vor, und doch übt der Besitzdiener die tatsächliche Gewalt nicht für den Besitzherrn und in dessen Interesse aus. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Reisende im Warteraum des Bahnhofes eine dort liegende Zeitung liest, wenn er im Coupé das Kursbuch von einem Mitreisenden zwecks Orientierung erbittet, oder wenn der Theaterbesucher von seinem Nebenmanne das Opernglas auf kurze Zeit überlassen erhält, der Gast im Hause des Gastherrn dessen Besteck beim Essen gebraucht [1]). Aus diesen Beispielen ist klar zu ersehen, daß die Ansicht derer [2]), welche die Ansicht vertreten, der Besitzdiener übe die tatsächliche Gewalt lediglich für den Besitzherrn aus, nicht beigepflichtet werden kann. Es ist vielmehr gleichgiltig, ob der Besitzdiener die Gewalt über die Sachen in eigenem oder fremden Interesse ausübt [3]). Daher ist auch hierin kein Abgrenzungsmerkmal zwischen „Besitzdiener“ und „Besitzmittler“ zu finden. Im allgemeinen wird ja der unmittelbare Besitzer des § 868, wie der Nießbraucher, Pächter und Pfandgläubiger in eigenem Interesse über die Sachen verfügen. Aber es gibt auch Fälle, wo dies nicht zutrifft. So übt der Verwahrungsbesitzer, dem wir unsere Sachen übergeben haben, die tatsächliche Gewalt über diese Gegenstände für uns, in unserem Interesse aus. Es ist ihm allerdings ein gewisses Interesse an der Sache nicht abzusprechen, insofern er seine Ansprüche für die Verwahrung durch Zurückhaltung der Sachen geltend machen kann. Dieses Interesse fällt aber weg, wenn ihm im voraus alles beglichen worden ist.

---

[1]) Ich antizipiere hiermit die am Schluß der Abhandlung vertretene Ansicht, daß in diesen Fällen der momentanen Detention Besitzdienerschaft vorliegt.

[2]) cfr. Oppenheim a. O. S. 21 u. Kretschmer, Sachenrecht S. 24.

[3]) cfr. Endemann a. O. S. 167 u. Crome III. Bd. S. 28.

§ 6.

Das charakteristische Abgrenzungsmerkmal zwischen „Besitzdiener“ und „Besitzmittler“ insbesondere dem Verwahrungsbesitzer hat man bisher in der Literatur besonders in dem Abhängigkeitsverhältnis zu finden geglaubt, das vom § 855 mit den Worten „übt jemand die tatsächliche Gewalt für einen anderen in dessen Haushalt oder . . . . vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat . . .“, gefordert wird. Gierke[1]) sieht hierin eine Unselbständigkeit des Innehabens auf seiten des Besitzdieners, wie sie beim Besitzmittler nicht vorkomme. Indeß dürfte eine solche Formulierung des Grenzbegriffes zwischen Besitzdiener und Besitzmittler nicht richtig sein. Es ist wahr, daß der Besitzdiener in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt in der Regel unselbständig sein wird; aber auch der Besitzmittler des § 868 steht in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zu dem mittelbaren Besitzer. Der Beauftragte muß den Anordnungen des Auftraggebers hinsichtlich der übergebenen Sachen, desgleichen der Verwahrungsbesitzer den Weisungen des Deponenten Folge leisten. Man hat dies auch in der Literatur erkannt und das charakteristische Merkmal nicht in eine allgemeine Abhängigkeit, sondern in einer solchen spezieller Art gesucht und hierbei verschiedene Theorien aufgestellt.

§ 7.

Bekker[2]) stellt das Abhängigkeitsverhältnis des Besitzdieners im Gegensatz zum Besitzmittler dahin ab, daß jener den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Besitzherrn s o f o r t Folge zu leisten hat. Es ist offensichtlich, daß die Konstruktion einer solchen Abhängigkeit unhaltbar ist. Einem sofortigen Folgeleisten entspricht auf der anderen Seite die Möglichkeit, sofort handelnd in die Gewaltsphäre des Besitzdieners eingreifen zu können. Diese Möglichkeit fällt jedoch weg, wenn das Raumverhältnis zwischen Besitzdiener und und Besitzherrn ein sofortiges Eingreifen unmöglich macht. Niemand wird aber behaupten wollen, daß der Knecht, der meinen Gast auf den mehrere Meilen weit entfernten Bahnhof abfährt, wegen der größeren Entfernung, die ein sofortiges Eingreifen meinerseits nicht gestattet, nicht mehr als Besitzdiener, sondern als Besitzer meiner Pferde und meines Wagens anzusehen ist.

---

[1]) cfr. Verh. des 24. d. J. T. Bd. III S. 31.
[2]) cfr. Jherings Jahrbuch Bd. 34 S. 42 ff.

Die Schwäche seiner Theorie scheint auch Bekker[1]) einzusehen. Er bezeichnet es als schwierig, die Grenze zu ziehen, wenn z. B. mein Gepäckträger nur eine Stunde lang, oder nur $1^1/_2$ Stunden oder auch nur 10 Minuten lang die Sachen in seiner Obhut behält. Aber abgesehen davon kann in dem Bekker'schen „sofort" kein abgrenzendes Kriterium schon deshalb nicht gefunden werden, weil das „sofort" schon in den Worten „vermöge dessen er den Weisungen des anderen Folge zu leisten hat" enthalten ist. Es ist daher ein überflüssiger Pleonasmus, dieses „sofort" nochmals hervorzuheben, durch den nichts erklärt wird. Im übrigen hat auch der Verwahrungsbesitzer den Weisungen des Deponenten sofort zu entsprechen, weshalb damit in keiner Hinsicht ein geeignetes Abgrenzungsmerkmal zwischen unseren beiden Begriffen geschaffen wird.

§ 8.

Eine ähnliche Ansicht wie Bekker vertritt Affolter[2]). Nach seiner Meinung schlägt eine rein juristische Differenzierung zwischen „selbständiger" (§ 868) und „unselbstständiger Innehabung" (§ 855) fehl. Der Unterschied sei ein rein praktischer. Die Unselbständigkeit der Innehabung liegt, wie er ausführt, in dem Umstande, daß der Besitzherr selbst imstande ist, sofort jede Störung seines Besitzes zurückzuweisen oder zu verfolgen. Soweit und solange er hierzu nicht imstande sei, bestehe eine „unselbständige Innehabung". Nach seinem Dafürhalten ist der Knecht, welcher das Vieh zu besorgen hat, „unselbständiger Inhaber", wenn der Besitzer selbst auf dem Gute wohnt und die Wirtschaft leitet. Der Knecht wird dagegen zum „selbstständigen Inhaber", wenn er das Vieh während der Sömmerung auf einer entlegenen Alp beaufsichtigt. Der Mieter eines Fuhrwerks ist nach einem weiteren Beispiel Affolter's Besitzdiener, wenn der Vermieter dasselbe leitet, er wird Detentor, wenn er es selbst leitet. Mit diesen Beispielen zeigt Affolter selbst, wie unhaltbar seine Ansicht ist. Nach seiner Meinung wäre der Knecht, solange der Besitzer zu Hause ist, in Ansehung der Sachen, die er in der tatsächlichen Gewalt für seinen Herrn hat, Besitzdiener; verreist jedoch der Herr, so wird er Besitzer. Das Selbsthilferecht des Besitzherrn würde dann gegenüber dem Knecht verloren gehen, und falls dieser sich irgend einer Störung an den Sachen schuldig machen würde, müßte der Besitzer

[1]) a. O.
[2]) cfr. Archiv für bürgerl. Recht Bd. 12 S. 10.

erst den Klageweg beschreiten. Gewiß entspricht eine solche Abgrenzung nicht den Erfordernissen des praktischen Lebens.

Auch das zweite Beispiel Affolters scheint mir nicht richtig zu sein. Nicht darauf dürfte es ankommen, wer den Wagen leitet, sondern darauf, ob ich den Wagen mit Gespann miete, oder aber mich für ein gewisses Entgelt z. B. durch den Droschkenkutscher vom Bahnhof in meine Wohnung bringen lasse. In ersterem Falle bin ich Besitzer; im letzteren bin ich weder Besitzer noch Besitzdiener. Während ich nämlich im ersten Falle durch den Mietvertrag einen Anspruch auf den Wagen für die im Vertrage bestimmte Zeit erlange und somit Besitzer desselben gemäß § 868 werde, habe ich durch den Werkvertrag im zweiten Falle lediglich einen Anspruch darauf, daß ich von dem Droschkenkutscher in dessen Wagen von dem Bahnhof in meine Wohnung gebracht werde.

§ 9

Franz Leonhard[1]) will den Unterschied zwischen Besitzdiener und Besitzmittler dadurch kennzeichnen, daß er sagt, „Besitzdiener ist, wer nach der objektiven Befehlsordnung der Gesellschaft oder des öffentlichen Rechts zum Gehorsam betreffs der Sache verpflichtet ist."

Hinsichtlich welcher Sachen man Besitzdiener ist, will Leonhard durch die Untersuchung, ob der „Gewahrsam" ursächlich auf das Dienstverhältnis zurückzuführen ist, feststellen. Hierfür erscheinen ihm dreierlei Erfordernisse bezeichnend. Maßgebend sei zunächst die örtliche Lage der Sache. Hierbei soll der Befehlsbereich des Herrn nicht nur auf das Haus beziehungsweise auf die Geschäftsräume beschränkt sein, vielmehr soll auch noch das, was z. B. die Dienstboten durch die Straßen tragen, im Besitze des Herrn sein. Als zweites Erfordernis komme hinzu die Zugehörigkeit der Sache zu den Zwecken des Dienstes. Hierbei sei wieder ausschlaggebend, inwieweit der Dienst in den „Gewahrsam" des Dieners eingreife. Dabei geht Leonhard soweit, daß er bei den Matrosen und Soldaten die Macht des Dienstes sich bis auf die Wäsche erstrecken läßt. Zu unterscheiden ist hier noch, führt Leonhard aus, ob das Befehlsrecht des Herrn ein absolutes ist oder nicht. So sei ein Unterschied zu machen zwischen dem Soldaten, der unbedingt, auch bei unberechtigten Befehl, zum Gehorsam verpflichtet sei und dem gewöhnlichen Dienstboten, bei denen dies nicht zutreffe.

[1]) cfr Vertretung beim Fahrniserwerb S. 76 ff.

Schließlich fordert Leonhard ein Unterordnungsverhältnis in Bezug auf die Sache wofür, wie er ausführt, regelmäßig die Rechtsverhältnisse entscheidend sein werden, die dem Besitzerwerb zu Grunde liegen. Jedoch sei eine Unterordnung schon dann ausgeschlossen, wenn der Diener einen privatrechtlichen Anspruch auf die Sache habe und zwar deshalb, weil eine Gehorsamspflicht mit Verhältnissen des Privatrechts unvereinbar sei. Ein besonderes Vertragsverhältnis stelle nämlich den Herrn auf dieselbe Stufe mit dem Diener; sein Befehlsrecht sei erloschen.

Wie scharf auch diese Abgrenzung durchdacht ist, und wie oft sie auch dazu beitragen wird, die Grenze zwischen Besitzdiener und Besitzmittler insbesondere dem Verwahrungsbesitzer zu finden, so kann sie doch nicht als eine allgemein brauchbare betrachtet werden. So kann z. B. dem ortlichen Befehlsbereich keine maßgebende Rolle zugebilligt werden. Denn nicht alles, was im Haushalt oder im Erwerbsgeschäft sich befindet, steht im Besitze des Herrn, sondern doch nur das, was durch Verfügung des Herrn für das Haus oder das Geschäft bestimmt wurde. An den eigenen Sachen hat ja auch der Besitzdiener Besitz, selbst wenn sie sich im Hause des Herrn befinden [1]). Andrerseits wird auch der Herr als Besitzdiener des Dieners angesehen werden müssen, wenn er es z. B. gestattet, daß letzterer seine Sachen in seinem d. h. des Herrn Schranken aufbewahrt, über den er doch die tatsächliche Gewalt ausübt. Indem Leonhard zugibt, daß der Herr auch dann noch Besitzer bleibt, wenn der Diener z. B. dessen Sachen durch die Straße trägt, will er den Befehlsbereich nicht allzu sehr einschränken, und man kann Gaertner [2]) nicht zustimmen, wenn er ausführt, nach Leonhards Ansicht ständen die außerhalb des Hauses befindlichen Geschäftswagen und Wirtschaftsgeräte nicht mehr im Besitze des Herrn, das Besitzdienerverhältnis seiner Dienstboten hinsichtlich dieser Geräte habe hier aufgehört zu existieren.

Man nehme aber folgenden Fall: Ein Herr schickt seinen Knecht mit einem Pferde, das er einem befreundeten Offizier schenken will, in die einige Meilen entfernte Garnisonsstadt. Unzweifelhaft wird man doch sagen, das Besitzdienerverhältnis des Knechtes hinsichtlich des Pferdes dauert bis zur Uebergabe des Pferdes an den Offizier. Nach der Auffassung Leonhards dürfte man aber zu diesem

---

[1]) cfr. auch Gaertner: Die Berechtigung zur Klage wegen Besitzverlust im gemeinen Recht S. 143 f.

[2]) a. O.

Ergebnis nicht kommen. Man wird nämlich hier den Befehlsbereich des Herrn negieren müssen und den Diener, der als Besitzdiener den Hof seines Herrn verließ, als Besitzer in die Garnisonsstadt einreiten lassen müssen. Das Ergebnis dieses einfachen Beispiels zeigt uns, daß Leonhards Ansicht unhaltbar ist. Aber abgesehen davon, auch das Fundament seiner Konstruktion, die Gehorsamspflicht, kann nicht als Begriffsmerkmal des Besitzdieners im Gegensatz zum Besitzmittler aufgestellt werden. Denn auch der Beauftragte und vor allem der Verwahrungsbesitzer sind, wenn auch schließlich nur wegen Herausgabe der Sache, dem Auftraggeber bezw. dem Hinterleger gehorsamspflichtig.

Gaertner[1]) will daher die Ansicht Leonhards dahin ergänzt wissen, daß zu den drei Erfordernissen noch als viertes hinzukommen solle die Gehorsamspflicht des Besitzdieners hinsichtlich der Behandlung der Sache. Aber auch so dürfte diese Ansicht nach obigem Beispiel nicht haltbar sein.

§ 10.

Als besonderes Kennzeichen der Besitzdienerschaft im Gegensatz zur Besitzmittlerschaft hat man ferner die äußere Erkennbarkeit des Abhängigkeitsverhältnisses hingestellt. So ist z. B. nach Dernburg[2]) Besitzdiener, wer in einem dem Verkehr erkennbaren Abhängigkeitsverhältnisse zu einem anderen steht, auf Grund dessen er die Sache verwahrt und jederzeit diesem auf dessen Aufforderung herausgeben muß. Desgleichen spricht Endemann[3]) von einer objektiv kundbaren Herrschaft des Besitzherrn gegenüber dem Besitzdiener. Dagegen wendet sich Heß[4]) mit folgenden Beispielen: Wenn ein Knecht auf dem Felde pflügt und auf dem nebenliegenden Felde der Bauer selbst, wie soll man da erkennen, wer Besitzer ist und wer Besitzdiener? Oder es fährt der Droschkenbesitzer mit der Droschke selbst und mit einer anderen Droschke sein Kutscher. Wie soll man hier den Besitzherrn vom Besitzdiener unterscheiden? Er kommt somit zu dem Ergebnis, daß das Kriterium der äußeren Erkennbarkeit, falls es überhaupt für die Abgrenzung der beiden Verhältnisse maßgebend sein sollte, ein recht unsicheres und somit unbrauchbares wäre.

Auch ich komme zu demselben Ergebnis, jedoch auf andere Weise. Ich meine, man kann mitunter wohl nach

---

[1]) cf. a. O.
[2]) a. O. S. 56.
[3]) a. O. S. 156 ff.
[4]) Besitzdiener (Diss.) S. 35.

außen hin als Besitzdiener erscheinen, und doch ist man in Wirklichkeit Besitzer und umgekehrt. Folgendes Beispiel möge dies veranschaulichen. Ich kenne den Besitzer A und dessen Knecht B. Eines Tages treffe ich B, wie er in rasendem Galopp mit dem Gespann des A dahinfährt. Wie ich später erfahre, ist B dem A mit dessen Gespann samt Wagen durchgegangen mit einem Worte, er hat dem A sein Gespann und Wagen gestohlen. Was war B, als ich ihn traf, Besitzdiener oder Besitzer? Unzweifelhaft war B, der den Entschluß gefaßt hatte, seinen Herrn zu bestehlen und nun in Betätigung dieses Entschlusses als Dieb auf und davon fuhr, bereits Besitzer, und doch erschien er nach außen hin noch als der Knecht des A, müßte als nach vorstehender Theorie als Besitzdiener angesehen werden.

Auch Jsay [1]) vertritt die Ansicht von der äußeren Erkennbarkeit des Abhängigkeitsverhältnisses; aber er schränkt dies dahin ein, daß er sagt, das determinierende Moment, welches den Tatbestand der „Gestionsfälle" des § 855 von den der Fälle des § 868 unterscheide, sei die für einen jeden dieser Fälle, „typische Offenkundigkeit der Gestion" zu betrachten; der Tatbestand des § 855 erfordere ein „objektiviertes Gestionsverhältnis". Nach Jsay genügt also die typische Offenkundigkeit der Geschäftsführung seitens des Besitzdieners, um ihn vom Besitzmittler zu unterscheiden.

Wenn aber darin das Wesen der Besitzdienerschaft und ein Abgrenzungsmerkmal gegenüber § 868 zu erblicken wäre, so müßte man auch die Eisenbahnverwaltung und die Postverwaltung als Besitzdiener ansehen. Denn in beiden Fällen ist es offenkundig, daß die die tatsächliche Gewalt Ausübenden nicht befugt sind, über die ihnen übergebenen Waren und Sendungen zu verfügen. Und doch sind Eisenbahn- und Postverwaltung als Besitzer im Sinne des § 868 anzusehen [2]).

Im Gegensatz zu Jsay vertritt Biermann [3]) den Standpunkt, nicht die nach außen hin tretende Offenkundigkeit des Mangels der Verfügungsbefugnis sei für die Besitzdienerschaft maßgebend und charakteristisch zur Abgrenzung von § 868, sondern das innere Verhältnis zwischen Herr und Besitzdiener. Aber auch damit ist für die Abgrenzung beider Paragraphen nichts gewonnen. Denn auch zwischen

[1]) Geschäftsführung ohne Auftrag S. 286.
[2]) cfr. Heß S. 36 (a O).
[3]) a. O. Anm. zu § 855.

dem Deponenten und dem Depositar besteht entschieden ein inneres Abhängigkeitsverhältnis bezüglich der ihm zur Aufbewahrung übergebenen Sachen, und doch ist er nach § 868 Besitzer. Eine solche Abgrenzung würde aber auch kaum unserem Rechtsbewußtsein entsprechen. Man nehme folgenden Fall: Ein Diener, der die Schuhe zum Schuster trägt, faßt unterwegs den Entschluß, dieselben einem gutgläubigen Dritten zu verkaufen. Er tut dies auch und entschuldigt sich bei seinem Herrn, er sei überfallen und der Schuhe beraubt worden. Nach Biermanns Ansicht hätte der gutgläubige Erwerber keinen Besitz an den Schuhen erworben, weil ja das innere Abhängigkeitsverhältnis zwischen Diener und Herrn zur Zeit des Kaufabschlusses noch bestand. Ich meine aber, wenn jemand einen Diener in seine Dienste nimmt, so muß er damit rechnen, daß dieser ihm vielleicht nicht in allen Stücken treu sein wird. Tritt nun in der Tat dieser Fall ein, so ist es m. E. recht billig, wenn eher der Herr, als der gutgläubige Dritte, dem gegenüber sich der Diener als Verfügungsberechtigter aufspielt, darunter leidet [1]).

§ 11.

Man hat auch versucht, in der Dauer der beiden Abhängigkeitsverhältnisse ein Abgrenzungsmerkmal zu finden. In § 868 heißt es: „wer auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist." Unter Zeit im Sinne dieses Paragraphen ist naturgemäß sowohl eine längere, als auch eine kürzere Zeitspanne zu verstehen. Im § 855 ist von einer Zeitbestimmung nicht die Rede. Dagegen werden dort als Abhängigkeitsverhältnisse die Dienstverhältnisse in einem Haushalt oder in einem Erwerbsgeschäft aufgeführt. Es ist nun nicht zu leugnen, daß diese Abhängigkeitsverhältnisse gewöhnlich von längerer Dauer sein werden. Man kann aber deshalb doch nicht allgemein beim Besitzdiener im Gegensatz zum Besitzmittler von einem dauernden Abhängigkeitsverhältnisse reden. Wenn man zwar beim Besitzdiener für gewöhnlich auf ein dauerndes Verhältnis denkt, so ist dieses doch keineswegs etwas notwendiges [2]). Ebenso wie ich mir auf eine Woche, auf einen Tag, ja auf eine Stunde ein Pferd oder ein Rad miete und somit hinsichtlich dieser Gegenstände Besitzer gemäß § 868 bin, ebenso ist der Gelegen-

---

[1]) A. M. E. R. Bd. 71 S. 251 f.

[2]) cfr. Dernburg a. O. S 56, Kretschmer a O. S. 18 ff. u. Juristische Wochenschrift 1908 S. 527.

heitsarbeiter, den ich für dieselbe Zeit zu Gartenarbeiten dinge, Besitzdiener des Spatens und Rechens, die ich ihm als Arbeitsgeber zur Ausführung der Arbeiten zur Verfügung stelle.

Hierbei fragt es sich auch, ob nicht etwa die Entfernung der beteiligten Personen beider Abhängigkeitsverhältnisse von Einfluß auf diese ist und somit als Abgrenzungsmerkmal in Frage kommen könnte. Ohne weiteres dürfte m. E. einleuchtend sein, daß die Entfernung des Besitzmittlers vom mittelbaren Besitzer gleichgiltig ist. Aber auch für das Besitzdienerverhältnis ist es ohne Belang, in welcher Entfernung der Besitzherr vom Besitzdiener sich befindet. Mein Knecht wird doch entschieden auch Besitzdiener meines Pferdes sein, wenn ich auch z. B. auf mehrere Wochen nach Italien verreise. Zu welchen Consequencen eine gegenteilige Auffassung führen müßte, ist bereits am Anfang dieser Abhandlung erörtert. Eine andere Meinung vertreten Plank [1]) und Kretschmer [2]). Sie wollen es als wesentlich ansehen, daß der Besitzdiener unter dem regelmäßigen, tatsächlichen, unmittelbaren Einflusse des Besitzherrn steht. Denn durch einen solchen Einfluß ausschließender, dauernder Entfernung vom Besitzherrn wird, so führt Plank [3]) aus, die Herrschaft des letzteren nach der Verkehrsauffassung aufgehoben, der Besitz des Besitzherrn nach § 856 B. G. B. verloren Diese Ansicht Planks dürfte nach unserer Auffassung von der tatsächlichen Gewalt [4]) nicht richtig sein. Wenn, wie Plank ausführt, der Besitz durch eine dauernde Entfernung nach § 856 verloren gehen sollte, so müßte z. B. derjenige, der sich dauernd in der Schweiz aufhält, den Besitz an seinem in Schlesien gelegenen und an einen Dritten verpachteten Gute verlieren. Ich glaube kaum, daß jemand diese Behauptung aufstellen wird. Mit Recht stellt sich das Reichsgericht [5]) daher auf den Standpunkt, daß eine erhebliche räumliche Entfernung die Fortdauer des Besitzdienerverhältnisses nicht ausschließe, da die ununterbrochene Möglichkeit der ununterbrochenen Einwirkung auf die Sache keineswegs für das Besitzdienerverhältnis maßgebend sei. Es hatte dort eine Mutter ihre Tochter, die in ihrem Geschäftsbetrieb tätig war, mit Juwelen an einen anderen Ort geschickt; die Tochter hatte diese Gegenstände einem

---

[1]) cfr. a. O. S. 37.
[2]) a. O. S. 25.
[3]) a. O.
[4]) cfr. S. 12 ff. dieser Abhdl.
[5]) cfr. E. R. Bd. 71 S. 251 ff.

anderen gegeben, und ein Dritter sie verpfändet. Das Reichsgericht hat sich nun auf den Standpunkt gestellt, daß der Mutter die Sachen abhanden gekommen seien, obwohl sich ihre Tochter aus dem Umkreise, in dem sie beschäftigt war, mit den Juwelen entfernt hatte. Hierzu bemerkt Rudolf Leonhard [1]), daß es nicht unbedenklich sei, einem solchen Besitzdiener, der an einen fernen Ort gesandt wird, um dort über Sachen seines Besitzherrn zu verfügen, die Rolle eines Verwahrers und somit jedes Klagerecht aus dem Besitze abzusprechen. Immerhin, meint er, treffe das Reichsgericht mit seiner Entscheidung das Richtige, weil demjenigen, der einer „abhängigen Person" seine Sachen überlasse, der Vorwurf der Unvorsichtigkeit nicht zur Last falle, und daher der Satz, „Hand wahre Hand" nicht angewendet werden dürfe. Trotzdem könne man aber der abhängigen Person in diesem Falle die Besitzklagen geben und dabei die Regel „Hand wahre Hand" unangewendet lassen. Interessant dürfte es sein, bei dieser Gelegenheit darauf hinzuweisen, daß die englische Praxis und zwar in älterer Zeit im Gegensatz hierzu, wie R. Leonhard [2]) feststellt, die Besitzdienerschaft gerade von der räumlichen Nähe des Besitzherrn abhängig machte.

§ 12.

Vielfach wird die Begriffsgrenze zwischen Besitzdiener und Besitzmittler darin gesucht, daß man sagt, das Abhängigkeitsverhältnis des Besitzmittlers gründe sich auf ein Rechtsverhältnis, die Abhängigkeit des Besitzdieners sei dagegen rein tatsächlicher Natur. Daß im § 868 ein Rechtsverhältnis vorausgesetzt wird, dürfte nach dem Wortlaut dieses Paragraphen unzweifelhaft sein. Es heißt da „wer als Nießbraucher, Pächter . . oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist . . ." Das Gesetz verlangt also ein Verhältnis, das den vorher genannten besonderen Verhältnissen ähnlich ist und zwar bezüglich desjenigen Merkmals, welches das Gesetz selbst als in allen Fällen des mittelbaren Besitzes gemeinsam voraussetzt nämlich darin, daß der Besitzer von dem anderen sein Recht zum Besitze ableitet. Es ergibt sich, wie das Reichsgericht [3]) ausführt, aus den im § 868 angeführten Fällen der Schluß, daß zu einem solchen ähnlichen Verhältnis erforderlich ist, „daß durch ein konkret bestimmtes

[1]) cfr. Festschrift für Gierke 1911 S. 31.
[2]) cfr. a. O. S. 32.
[3]) cfr. E. R. 49 S. 173.

obligatorisches oder infolge von Bestellung eines dinglichen Rechtes an der Sache entstandenes dingliches Rechtsverhältnis eine Nutzungs- oder Verwaltungspflicht des sein Recht zum Besitze von dem anderen ableitenden unmittelbaren Besitzers begründet sei [1]). Es ist nun die Frage aufgeworfen worden, ob dieses Rechtsverhältnis, auf das sich die Abhängigkeit gründet, rechtsgiltig sein müsse, oder ob auch ein vermeintliches Rechtsverhältnis genüge. Plank [2]) vertritt die Ansicht, daß das im § 868 bezeichnete Verhältnis nicht ein rechtsgiltiges zu sein brauche. Es genügt, wie er ausführt, ein Verhältnis, das, seine Rechtsgiltigkeit vorausgesetzt, geeignet ist, den Besitzer einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze zu berechtigen oder zu verpflichten. Dieselbe Ansicht teilt Endemann [3]). Auch er meint, daß ein vermeintliches Rechtsgeschäft genüge, so sei auch der Entleiher, der sich in der Person des Verleihers täusche, unmittelbarer Besitzer im Sinne des § 868. Ich glaube nicht, das dies richtig sein dürfte, wenn auch diese Ansicht in der Kommission für die zweite Lesung geherrscht haben mag [4]). Das Gesetz spricht klar und deutlich von einem Verhältnis, welches den Besitzer berechtigt bezw. verpflichtet. Berechtigen bezw. verpflichten vermag aber in Wirklichkeit nur ein rechtsgiltiges Verhältnis. Verlangt wird also ein Verhältnis mit giltiger Wirksamkeit [5]). Die Abhängigkeit des § 868 beruht also auf einem giltigen Rechtsverhältnis.

§ 13.

Es fragt sich, ob im Gegensatze hierzu die Abhängigkeit des § 855 lediglich auf rein tatsächlicher Grundlage basiert

Heß [6]) verneint dies. Er vertritt die Ansicht, daß auch die Abhängigkeit des Besitzdieners auf einem Rechtsverhältnis beruhe. Wenn man sagt zur Besitzdienerschaft sei erforderlich ein Verhältnis rein tatsächlicher Natur, so fragt man sich, führt er aus, woraus entsteht denn diese tatsächliche Abhängigkeit, worauf gründet sie sich denn? Sie kann sich doch nicht gründen bezw. erzeugt werden, meint er, von der Auffassung des Lebens, denn diese zeige nur, wann ein Unterordnungsverhältnis vorliege, aber sie

[1]) cfr. auch E. R. 54 S. 398.
[2]) a. O. Anm. zu 868.
[3]) a. O. 156.
[4]) cfr. Prot. III. S. 203.
[5]) cfr. auch Jsay a. O. S. 276.
[6]) a. O. S. 37.

selbst könne sie nicht begründen. Außerdem würde nach seiner Ansicht eine solche Auffassung von der Abhängigkeit des § 855 nicht den praktischen Bedürfnissen entsprechen. „Denn da dem Besitzdiener der Besitz versagt bleibe, auf seine tatsächliche Gewalt sich aber die tatsächliche Gewalt und somit der Besitz des Besitzherrn aufbaue, diese Konstellation aber nur unter diesen Voraussetzungen Bestand habe, so wäre bei einem rein tatsächlichen Verhältnis, wo es an jeder Gebundenheit fehle, dieser Bestand recht unsicher.

Wenn auch dieser Einwand nicht ohne weiteres abzuweisen ist, so ist doch die Ansicht, die Heß hier vertritt, nicht richtig. Man nehme folgendes Beispiel: Ich gehe mit einem Freunde spazieren. Um die Aussicht besser genießen zu können, bitte ich ihn um seinen Ferngucker. Ich werde ohne Zweifel Besitzdiener hinsichtlich dieses Gegenstandes, und doch ist ein Rechtsverhältnis zwischen uns nicht geschlossen. Man könnte allerdings in diesem Falle zu der gekünstelten Konstruktion eines stillschweigend abgeschlossenen Leihvertrages greifen, bei dem die Zeit der Rückgabe nicht festgesetzt wurde. Nehmen wir daher ein anderes Beispiel: Meine Schwester, die zufällig bei mir zu Besuch weilt, hilft in zuvorkommender Weise in der Küche aus. Sicher wird sie als Besitzdiener hinsichtlich der Gegenstände, mit denen sie hantiert, anzusehen sein; wo aber bleibt das Rechtsgeschäft, das diesem Verhältnis der Schwester zu mir als dem Besitzherrn der Küchengeräte zu Grunde liegt? Man wird vergebens nach einem solchen suchen. Von einem Auftrag meinerseits ist nicht die Rede; es könnte also nur Geschäftsführung ohne Auftrag in Frage kommen, wobei weder ein Vertrag noch ein Rechtsgeschäft vorliegt. Man hat dieser Tatsache in der Literatur Rechnung getragen und davor gewarnt, die Abhängigkeit des Besitzdieners mit einer bloßen obligatorischen Gebundenheit zu verwechseln[1]). Man hat gesagt, das Abhängigkeitsverhältnis des § 855 sei rein tatsächlicher Natur und zwar von der Beschaffenheit, daß der Herr, wenn der andere seinen Weisungen nicht Folge leistet, nach den Anschauungen des täglichen Lebens selbsthandelnd eingreifen darf. Die Abhängigkeit des § 868 sei dagegen obligatorischer Art. Selbst wo sie an Umfang hinter der tatsächlichen nicht zurückstehe z. B. beim Verwahrer, wo eine Verpflichtung des unmittelbaren Inhabers der Gewalt dahin besteht, allen auf die Sache sich beziehenden

[1]) cfr. Strohal, Sachteritz S. 5 ff, Männer Sachenrecht 1906 S. 126.

Weisungen Folge zu leisten, bleibe diese Abhängigkeit eine rein obligatorische. Eine Verletzung der Verpflichtung begründe daher ein Klage-, nicht aber ein Selbsthilferecht [1]).

Wenn es zutreffen sollte, daß die Abhängigkeit des § 868 eine rein obligatorische Gebundenheit, die des § 855 aber eine rein tatsächlicher Art ist, dann wäre allerdings hierin eine brauchbare Abgrenzung zu erblicken. Doch dem ist keineswegs so, da wie ich an den folgenden Beispielen zeigen werde, das Abhängigkeitsverhältnis, mag man es als ein solches rein tatsächlicher oder sonstiger Art nehmen, für die Besitzdienerschaft nicht immer erforderlich ist, somit kein Begriffsmerkmal derselben bildet. Denken wir an das Beispiel von der Schwester, die aus Zuvorkommenheit in dem Haushalt ihres Bruders aushilft. Können wir hier von einer tatsächlichen Unterordnung der Schwester unter ihren Bruder reden? Ich glaube es nicht. Oder der Landgerichtspräsident revidiert eines seiner Amtsgerichte. Der aufsichtsführende Richter hat die Ehre, ihn zu seinem Gaste zu haben. Zweifelsohne erscheint hier der Landgerichtspräsident als Besitzdiener des Amtsrichters in Hinblick auf dessen Besteck u. s. w., und doch kann hier von einem Verhältnis tatsächlicher Unterordnung nicht die Rede sein. Man könnte nun hier mit dem allerdings gesuchten Einwand kommen, die tatsächliche Unterordnung sei darin zu erblicken, daß der Gast sich nach den allgemeinen Anstandsregeln den Weisungen des Gastgebers — man denke z. B. beim Engagieren u. s. w. — zu fügen hat. Man denke aber an folgenden Fall: Ein General sieht bei einem Spazierritt einen gestürzten jungen Offizier, dessen Pferd Anstalten macht davonzurennen. Der General steigt von seinem Pferde und hält das des jungen Offiziers, bis dieser sich von seinem Sturze erholt. Entschieden liegt hier ein Besitzdienerverhältnis auf seiten des Generals vor und doch dürfte hier auch die gesuchteste Konstruktion einer Unterordnung nicht Stand halten.

Man sieht, daß das Verhältnis der tatsächlichen Unterordnung als Begriffsmerkmal der Besitzdienerschaft manchmal nur bei gesuchter Auslegung, manchmal aber überhaupt nicht vorhanden ist. Es kann daher darin, somit auch in dem Abhängigkeitsverhältnis überhaupt, eine charakteristische Abgrenzung zwischen Besitzdiener und Besitzmittler nicht gefunden werden.

---

[1]) cfr. Strohal, a. O. Sprenger a. O. S. 33.

§ 14.

Als entscheidend für die Abgrenzung zwischen Besitzdiener und Besitzmittler wird vielfach auf den Umstand hingewiesen, daß dem Besitzdiener ein zivilrechtlicher Anspruch auf Zurückbehaltung im Sinne des § 273 B. G. B. nicht zustehe. Allerdings hat die Kommission für die zweite Lesung[1]) dies als charakterstiisch für die Abgrenzung der beiden Verhältnisse angesehen. Allein dieses Moment ist ja selbst blos eine rechtliche Folgeerscheinung des fraglichen Verhältnisses; seine Hilfe versagt daher dort, wo erst geprüft werden soll, ob ein solcher Tatbestand vorliegt[2]).

Außerdem ist aber dem Besitzdiener nicht absolut das Zurückbehaltungsrecht versagt. § 273 Abs. II besagt: „Wer zur Herausgabe einer Sache verpflichtet ist, hat das gleiche Recht, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht. Repariert daher z. B. ein der Schmiedekunst kundiger Knecht den Pflug seines Herrn, so steht ihm hinsichtlich der Aufwendungen ebenso ein Zurückbehaltungsrecht zu, wie z. B. dem Nachbarn seines Herrn, der sich von diesem einen Pflug geliehen hat und aus demselben Rechtsverhältnisse einen fälligen Anspruch gegen den Herrn habt.

Das Retentionsrecht ist daher weder geeignet, noch überall durchgreifend, um als Abgrenzungsmerkmal in Betracht kommen zu können.

§ 15.

Wir haben gesehen, daß die objektive Seite der fraglichen Verhältnisse für die Lösung unserer Aufgabe völlig versagt. Es bleibt daher nur übrig, das subjektive Moment, den Willen, zu Hilfe zu nehmen. Rufen wir uns das S. 20 dieser Abhandlung angeführte Beispiel ins Gedächtnis. Warum ist der Knecht, der mit den seinem Herrn gestohlenen Pferden dahinfährt, Besitzer und nicht mehr Besitzdiener? Wodurch hat sich diese Wandelung vollzogen? Zwei Momente sind es m. E., die hierfür maßgebend sind: erstens der Wille des Knechtes, die Pferde seines Herrn nunmehr für sich zu haben und zweitens, dieser nach außen hin durch die Flucht dokumentierte Wille. Gewiß wird man mir entgegenhalten, der Wille als Abgrenzungsmerkmal zwischen Besitzdiener und Besitzmittler kann schon deshalb nicht in Frage kommen, weil durch das B. G. B. das

[1]) cfr. Prot. Bd. III S. 32.
[2]) cfr. Jsay a. O. S. 283.

Willensmoment beim Besitz völlig beseitigt ist. Ich glaube nun aber keineswegs, daß dieser Einwand stichhaltig ist. Dies folgt sowohl aus tatsächlichen, als auch aus rechtlichen Erwägungen.

§ 16.

Der Besitz ist nach römischer und heutiger Auffassung das vom Verkehr anerkannte Machtverhältnis des Menschen über die Sache. Die zum Besitz erforderliche Gewalt ist eine Erscheinung des Gemeinschaftslebens, welche die Rechtsordnung als gegeben vorfindet. Das tatsächliche Moment, nach welchem sich das Vorhandensein dieser Gewalt bestimmt, ist die im Verkehr herrschende Auffassung[1]).

Der Verkehr schreibt aber nach römischer und heutiger Auffassung nur demjenigen Besitz zu, welcher Besitzer sein will. Im Verkehr dürfte es kaum jemandem einfallen, das räumliche Machtverhältnis ohne Besitzwillen als Besitz anzuerkennen. Wem z. B. im Schlafe etwas zugesteckt wird, wer im Laden Gegenstände besichtigt und in die Hand nimmt, erlangt keinen Besitz, weil er eben einen solchen nicht haben will. Die Achtung des Verkehrs, welche in der Anerkennung des Besitzstandes zum Ausdruck gelangt, gilt in Wirklichkeit dem Willen des Besitzherrn, während das blos auf vielen Zufälligkeiten beruhende räumliche Machtverhältnis nach der Verkehrsanschauung solange bedeutungslos bleibt, bis der Wille des Besitzers hinzutritt[2]).

Man frage gebildete Laien, warum z. B. der Verwahrer an den ihm übergebenen Sachen Besitz hat. Stets wird man die Antwort erhalten „weil er es will". Die Antwort „weil er die Sachen in seiner Gewalt hat", dürfte man schwerlich erhalten. Man hat die Notwendigkeit des Willens beim Besitz deshalb negiert, weil die zweite Kommission einen Antrag abgelehnt hat, welcher dem in § 854 Abs. I enthaltenen Satze die Worte hinzufügen wollte „wenn der Erwerber den Willen hat, die Sache in seiner Gewalt zu haben". Man muß aber auf die Begründung, mit welcher dieser Antrag abgelehnt wurde, sehen, und man wird zu einem anderen Ergebnisse kommen. Die Mehrheit nahm nämlich damals an, die Aufstellung des Willenserfordernisses im Gesetze sei für die Fälle entbehrlich, in denen die Herstellung der tatsächlichen Gewalt ohne einen darauf gerichteten Willen nicht möglich sei, für die Fälle aber bedenklich, wo ein Wille nicht zu konstruieren sei, und doch

[1]) cfr. Plank a. O. Anmerk. zu § 854.
[2]) cfr. auch Kreß S. 133 ff.

ein Bedürfnis nach Besitzschutz vorliege, wie zum Beispiel bei Kindern und Wahnsinnigen [1]). Man sieht also daraus, daß man sich schon damals darüber klar war, daß in der Regel ein Wille zum Besitze notwendig sei. Man hat aber dieses Erfordernis im Gesetze nicht ausdrücklich festgestellt, weil man es für die meisten Fälle als überflüssig erachtete, und andererseits m. E. fälschlicherweise Fälle im Auge hatte, wo „ein Wille nicht zu konstruieren sei". Wenn man nun unter diesen Umständen behaupten will, zum Besitz sei der Wille nicht erforderlich, so könnte man z. B. ebenso gut sagen, der gutgläubige Erwerber erwirbt kein Eigentum, da es Fälle gibt, wo dies tatsächlich der Fall ist. Man denke hierbei nur an § 1404 B. G. B. Wenn sich aber die zweite Kommission auf den Standpunkt stellte, daß das Kind, daß der Wahnsinnige den erforderlichen Besitzwillen nicht haben können, so ist dies eben nur so zu erklären, daß man damals den Willen im Auge hatte, der zum Abschluß rechtsgiltiger Geschäfte notwendig ist. So beschaffen braucht nun allerdings der Besitzwille nicht zu sein. Es genügt der Wille im landläufigen Sinne, mit einem Worte der natürliche Wille. Ein einfaches Beispiel wird unsere Behauptung bestätigen. Ein 10jähriger Junge wird von seiner Mutter in den Laden geschickt. Auf dem Rückwege wird er angefallen und bestohlen. Wollte man zum Besitz den rechtsgeschäftlichen Willen verlangen, so könnte man den Übeltäter keineswegs wegen Diebstahls bezw. wegen Raubes auf die Anklagebank bringen, da der 10jährige Knabe einen rechtsgeschäftlichen Willen noch nicht hat. Jeder Strafrichter wird aber den Übeltäter wegen Diebstahls bezw. Raubes verurteilen, weil eben zum Besitz lediglich der rein natürliche Wille erforderlich ist. So führt auch Gierke [2]) in seinem deutschen Privatrecht aus, daß zwar das Erfordernis eines Besitzwillens, wie es vom römischen Recht mit dem Verlangen von „corpus" und „animus" aufgestellt, im B. G. B. gestrichen, keineswegs aber damit das Willenserfordernis überhaupt beseitigt ist. Denn die Erlangung der tatsächlichen Gewalt, die als Besitz erscheinen solle, sei ohne einen darauf gerichteten Willen unmöglich. Nur genüge nach dem neuen Rechte das dem erforderlichen tatsächlichen Herrschaftsverhältnis entsprechende tatsächliche Willensverhältnis ohne Rücksicht auf eine besondere juristische Qualifikation. Wenn ich des weiteren vom Besitzwillen spreche, so meine ich nur diesen natürlichen Willen.

[1]) cfr. Komm.-Prot. S. 3335.
[2]) Bd. II S. 228 f.

§ 17.

Daß zum Besitze ein Wille notwendig ist, geht m. E. aus dem Gesetze auch klar hervor. Nach § 854 wird der Besitz durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache erworben. Durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt wird eine Beziehung zwischen Person und Sache geschaffen. Eine solche Beziehung kann aber ohne einen darauf gerichteten Willen nicht hergestellt werden Wo ferner eine tatsächliche Gewalt über eine Sache besteht, ist nach der Erfahrung des täglichen Lebens auch ein Besitzwille vorhanden, von dem das tatsächliche Verhältnis getragen wird. Auch spricht das Gesetz von „Erlangung" der tatsächlichen Gewalt, und erlangen kann man doch nur, wonach man gelangt hat. Auch hieraus läßt sich die Absicht erkennen, als Voraussetzung des Besitzes stets ein gewolltes Verhältnis zu erlangen. Es ist aber keineswegs notwendig, daß dieser Wille für den Einzelfall immer zum besonderen Ausdruck gelangt. Es genügt vielmehr, daß er, wie die tägliche Erfahrung lehrt, dem äußeren Akt der Gewalterlangung vorangeht. Mit einem Worte, es genügt der ein für allemal ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Generalwille.[1]) Nehmen wir das Beispiel Frank's[2]): Ich bringe an meinem Hause einen Briefkasten an. Unzweifelhaft erwerbe ich an allen in diesen Kasten für mich hineingeworfenen Briefen Besitz. Denn dadurch, daß ich eben an meinem Hause den Briefkasten anbringen lasse, erkläre ich ein für allemal: Alle für mich bestimmten Briefe, die hier hineingeworfen werden, will ich mit dem bloßen Hineinwerfen besitzen. Im Gegensatz zu diesem Generalwillen spricht Affolter[3]) von einem Willen mit rückwirkender Kraft. Er sagt: „In den Fällen, wo ein Wille scheinbar fehlt, und doch ein Bedürfnis nach Besitzschutz vorhanden ist, läßt sich ein bezüglicher Wille konstruieren; freilich ein Wille, der erst nach dem rein tatsächlichen Momente auftritt, aber rückwirkende Kraft aufweist." Affolter beruft sich hierbei darauf, daß der „Tatsache" von der rückwirkenden Kraft des Willens ähnliche Momente im B. G. B. und H. G. B. zur Seite ständen, wie z. B. die servitus eines derelinquierten Grundstückes für den kommenden Okkupanten, die Zulässigkeit der Begründung von Rechten und Verbindlichkeiten für eine in Aussicht genommene Aktiengesellschaft. M E. ist

[1]) cfr. Frank Besitzwille S 17 und Staudinger a. O. S. 17.
[2]) cfr. a. O.
[3]) cfr. a. O. S. 2.

ein Wille mit rückwirkender Kraft ein Unding. Er ist nur ein Scheinwille, also überhaupt kein Wille. Man denke nur an die Konsequenzen einer solchen Willenskonstruktion. Jemand bringt während meiner Abwesenheit ein Buch als Geschenk in meine Wohnung. Bevor ich heimkehre, steigt ein Dieb in das Zimmer und entwendet das Buch. Nach Affolter könnte der Dieb wegen Diebstahls garnicht bestraft werden. Denn ich habe ja noch nicht nachträglich den erforderlichen Besitzeswillen gefaßt, war also zur Zeit des Diebstahls auch noch nicht Besitzer. Im allgemeinen wird der Generalwille auch in den Fällen, welche in der Literatur als typische Beispiele dafür angeführt werden, daß zum Besitz kein Wille notwendig sei, leicht festgestellt werden können. Nehmen wir einige von Strohal[1]) angeführte Fälle. Es fallen Ziegel, Steine oder Kalkteile vom Hause des Besitzers auf das Grundstück herab. Es ist ohne weiteres klar, daß hier der Besitzer den allgemeinen Willen hat, an diesen Sachen den Besitz auszuüben, bezw. den gehabten Besitz fortzusetzen. Der Besitzer eines Tiergartens, eines Fischteiches wird ohne weiteres Besitzer der darin geborenen Tiere bezw. Fischbrut. Der Bauer wird Besitzer der neugeborenen Kälber u. s. w. Es unterliegt keinem Zweifel, daß beide an den neugeborenen Tieren Besitz erwerben wollen. Die Kenntnis des einzelnen Falles ist überflüssig. Wenn z. B. jemand eine Sache stiehlt und sie dann voller Reue dem Besitzer zurückschafft, so wird dieser auch ohne sein Wissen wieder Besitzer der Sache. Denn jeder Bestohlene hat den Willen und den sehnlichsten Wunsch, in den Besitz der gestohlenen Sachen wieder zu gelangen. Dieser allgemeine Wille genügt aber völlig zum Besitzerwerb, das Nichtwissen ist bedeutungslos. Schwerer ist es nun allerdings, juristisch den Besitz in den Fällen zu konstruieren, wo man nicht auf den ersten Blick von einem Generalwillen noch von einem vorher erklärten Spezialwillen reden kann. Man denke hierbei daran, daß uns z. B. der Buchhändler ohne unser Wissen Bücher zur Auswahl in die Wohnung schickt, wo sie von dem Lehrling in unserer Abwesenheit niedergelegt werden. Ein vorher erklärter Spezialwille ist nicht vorhanden. Ist ein Generalwille konstruierbar? Ich meine, daß dies der Fall sein dürfte. Denn, wie Frank[2]) richtig ausführt, gibt man der Wohnung ein für allemal die Bestimmung, uns „an allem, was für uns ihrem Schutze anvertraut wird, die Sicherheit wirt-

[1]) cfr. a. O.
[2]) a. O. S. 23.

schaftlicher Nutzung zu verschaffen.“ Wir haben daher ein für allemal den Willen, das zu besitzen, was diesem Zwecke entspricht, dagegen das nicht zu besitzen, was diesem Zwecke entgegenläuft. Gegen den Generalwillen beim Besitzerwerb polemisiert Raape in heftiger Weise. Sich an Franks Worte anschließend, führt er[1]) aus. „An einer Dynamitbombe, die ohne mein Wissen in meiner Wohnung liegt, habe ich keinen Besitz; diese Bombe läuft der Zweckbestimmung meiner Wohnung direkt zuwider.“ Aber sollte, führt Raape fort, „ein Nichilist, der sich neben dem russischen Kaiserpalast eingemietet hat, und gar zu gern den Palast in die Luft sprengen möchte, nicht mit Freude die Bombe begrüßen? Auf diese Weise wird, meint Raape, jemanden unter denselben Umständen Besitz zugesprochen, wo er einem anderen abgesprochen wird. Indessen sind die Schlüsse, die Raape hier zieht, keineswegs richtig. Es mag sein, daß der am Kaiserpalast wohnende Nihilist manchmal den sehnlichsten Wunsch haben dürfte, in seiner Wohnung eine Dynamitbombe zu haben. Aber wird denn andere nicht der Wunsch anwandeln, in ihrem Hause etwas zu besitzen, was sie sonst nie dem Schutze ihrer Wohnung anvertrauen wollten, und was dem Zwecke derselben ganz und gar zuwiderläuft? Durch solche Wünsche wird m. E. der Zweck der Wohnung nicht geändert. Ich meine, selbst der gefährlichste Nihilist dürfte sich wohl sehr davor hüten, dem Schutze seiner Wohnung ein für allemal von dritten Personen eingebrachte Dynamitbomben anzuempfehlen. Der Einwand Raapes gegen den Generalwillen dürfte daher einer Begründung entbehren.

§ 18.

Für unsere Behauptung des Willenserfordernisses beim Besitz spricht auch die spezielle Bestimmung des § 867 B. G. B. Es heißt dort: „Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitze eines anderen befindliches Grundstück gelangt, so hat ihm der Besitzer des Grundstückes die Aufsuchung und die Wegschaffung zu gestatten, sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist“.

Wollte man der Bemerkung des Komm.-Protokols[2]) „es empfehle sich nicht, das Vorhandensein eines auf Erlangung der tatsächlichen Gewalt gerichteten Willens im Gesetz als Erfordernis des Besitzerwertes aufzustellen“

[1]) Besitzerwerb ohne Besitzwillen S. 15.
[2]) cfr. S. 3336.

oder mit Bekker[1]) annehmen, zum Besitze sei lediglich ein räumliches Verhältnis erforderlich, so käme ja für den Fall, daß eine Sache aus dem Besitz eines anderen auf das Grundstück eines anderen gelangt, schon damit der Besitz des anderen zustande. Es wäre also für das im § 867 bestimmte Nachsucherecht keineswegs Raum gelassen. Die ganze Bestimmung dieses Paragraphen wäre überflüssig, wenn wirklich schon mit Herstellung des räumlichen Machtverhältnisses der Besitz des anderen geschaffen wäre. Dies ist aber keineswegs der Fall, denn das Gesetz sagt ganz deutlich, daß das Aufsuchen der Sache dem Besitzer zu gestatten ist, es sei denn, daß sie inzwischen „in Besitz genommen worden ist".

§ 19.

Für das Willenserfordernis spricht m. E. auch der § 9 des Gesetzes gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen vom 9. Juni 1884. Nach dem genannten Paragraphen dieses Gesetzes wird derjenige bestraft, der im Besitze von Sprengstoffen betroffen wird. Wäre nun zum Besitze der Wille nicht notwendig, so wäre ohne weiteres folgender Fall denkbar. A. der mit B. arg verfeindet ist und die Bestimmung des § 9 des erwähnten Gesetzes kennt, steckt aus Bosheit bei gebotener Gelegenheit in die Tasche des B. eine Dynamitpatrone. Alsdann ruft er einen Polizisten heran und läßt durch diesen feststellen, daß B. in der Tasche eine Dynamitpatrone hat. Dafür nun, daß B. ohne sein Wissen und Wollen eine Patrone in seiner Tasche hatte, müßte er mit Gefängnis und zwar von 3 Monaten bis zwei Jahren bestraft werden. Ein etwaiger Einwand, der Besitz des Strafrechts sei an andere Voraussetzungen zu knüpfen, als im Civilrecht, dürfte schon deswegen nicht stichhaltig sein, weil wir jetzt ein einheitliches Privatrecht für das gesamte deutsche Reich haben, und somit eine verschiedenartige Auffassung vom Besitz im Civil- und Strafrecht grundlos wäre[2]). Daß aber eine solche Anwendung des genannten Gesetzes keineswegs beabsichtigt ist und somit ein rein räumliches Verhältnis zum Besitz nicht ausreicht, ergibt eine Entscheidung des Reichsgerichts[3]), wo es heißt „dem unverschuldet in den Besitz von Sprengstoffen geratenen Inhaber ist nach billigem Ermessen eine mäßige Frist zu

[1]) a. O. S. 29.
[2]) cfr. Jhering Jahrb. Bd. 34 S. 64.
[3]) Bd. 26 E. R. in Strafsachen.

gestatten, innerhalb derer er den gesetzwidrigen Zustand zu beseitigen hat . . ." Hätte man nun bereits Besitz mit Herstellung des räumlichen Verhältnisses, so wäre, worauf Frank [1]) in Übereinstimmung mit Scheiff [2]) mit Recht hinweist, die für die Wegschaffung zu bestimmende Frist von diesem Zeitpunkte an zu berechnen. Dem widerspricht aber offenbar diese Entscheidung.

Für unsere aufgestellte Behauptung, daß zum Besitzerwerb lediglich der Wille, keineswegs aber die Kenntnis für den Einzelfall erforderlich ist, spricht § 8 desselben Gesetzes in Verbindung mit § 9. Wie bereits erwähnt, wird nach § 9 derjenige bestraft, wer im Besitze von Sprengstoffen betroffen wird. Nach § 8 verfällt dagegen derjenige einer Strafe und zwar einer erheblich härteren, der wissentlich Sprengstoffe im Besitze hat. Da, wie ausgeführt, zum Besitze der Wille erforderlich ist, so geht aus den beiden Paragraphen deutlich hervor, daß zum Besitz zwar der Wille, nicht aber notwendig die Kenntnis von dem einzelnen Besitzerwerbe notwendig ist. Damit ist m. E. vollauf der Beweis erbracht, daß, was ja schon aus der einfachen Erwägung, daß ohne dem tatsächlichen Vorhandensein eines Beherrschungswillens auch ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis ausgeschlossen ist [3]), zum Besitz das subjektive Moment des Willens erforderlich ist. Verlangt ihn das Gesetz in § 854 nicht ausdrücklich, so unterstellt es ihn eben als etwas Selbstverständliches [4]).

§ 20.

Ebenso wie beim Besitz ist auch bei der Besitzdienerschaft das Willensmoment erforderlich. Der Besitzdiener ist ein mit Vernunft und Willensfreiheit begabter Mensch. Wenn er sich in den Dienst des Herrn stellt, lediglich für ihn den Besitz ausübt, so beruht dies nicht, wie etwa bei einer Maschine, auf irgend einer maschinellen Einrichtung, sondern auf seinem Willen. Ein apportierender Hund erwirkt und retiniert dem Herrn den Besitz auf Grund seiner Dressur und nach Maßgabe der übrigen objektiven Tatbestände. Ein mit Vernunft begabter Mensch dagegen ist nur Besitzdiener, weil er es will, und er ist es nicht mehr, wenn er es nicht will [5]).

---

[1]) a. O. S. 21.
[2]) Das Dynamitgesetz S. 16.
[3]) cfr. auch Kommentar der Reichsgerichtsräte 1910 S. 718. Gierke a. O. S. 4 Anm. 4.
[4]) cfr. Komm. der Reichsgerichtsräte 1910 a. O.
[5]) Ebenso Kreß a. O. S. 165.

Nun erwähnt ja allerdings § 855 das Willensmoment nicht ausdrücklich, er will aber, wie sich aus seiner Entstehungsgeschichte ergibt, den Besitzdiener als eine aus der Verkehrsbestimmung zu bestimmende Erscheinung aufgefaßt wissen. Im E. I ist über die Besitzdienerschaft keine bestimmte Entscheidung getroffen worden. In den Motiven [1]) wird anerkannt, daß bei dem Erwerb und der Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Sache eine natürliche Zurechnung fremder Besitzhandlungen vorkomme . ., indessen solle die Frage, inwieweit in der Handlung des Organs die eigene Handlung des Besitzherrn zu erblicken sei, der tatsächlichen Würdigung im Einzelfalle überlassen bleiben. Der Besitzdiener wäre somit nur nach der Verkehrsauffassung zu beurteilen. Weiter heißt es in den Motiven: [2]) „Das hierbei verwendete Organ tritt in kein Rechtsverhältnis zur Sache . . ., begeht ein Besitzunrecht, wenn es aus der Rolle als dienstbereites Organ heraustritt und sich seinem Herrn widersetzt". Von der zweiten Kommission wurde diese Auffassung des ersten Entwurfs als zutreffend bezeichnet. Da aber nach hier geäußerter Ansicht Mißverständnisse entstanden seien, so wurde in den Entwurf II § 788 aufgenommen „übt jemand die tatsächliche Gewalt im Haushalt oder in einem sonstigen Verhältnis u. s. w." Wir sehen also, daß die Vorschrift des § 855 keineswegs der Erkenntnis entgegen steht, daß der Verkehrsbegriff des Besitzdieners auf subjektiver Grundlage beruht. Zu Unrecht sucht man daher in der Literatur das Willensmoment zu negieren und den Begriff des Besitzdieners nach objektiven Gesichtspunkten zu bestimmen. Regelmäßig wird, wie schon dargetan, als auf das Charakteristikum auf das Abhängigkeitsverhältnis zwischen Besitzherrn und Besitzdiener hingewiesen. Es ist nun allerdings richtig, daß in vielen, ja in den meisten Fällen der Besitzdienerschaft ein Abhängigkeitsverhältnis zu Grunde liegen wird. Dieses Abhängigkeitsverhältnis ist aber nur die äußere Form, in der sich das subjektive Moment ausprägt und sich dem Verkehr zu erkennen gibt.

Steht aber fest, daß der Willensbegriff sowohl ein Erfordernis für den Besitz als auch für die Besitzdienerschaft ist, so kann er naturgemäß auch zur Bestimmung des Grenzbegriffes zwischen Besitzer und Besitzdiener verwendet werden. M. E. kann dieser Grenzbegriff nur mittels der Unterscheidung des Besitzwillens von dem Besitzdienerwillen

[1]) III. S. 86.
[2]) a. O.

gefunden werden. Denn abgesehen von diesem Willensmomente weisen, wie wir bereits sehen konnten, Besitzdiener- und Besitzmittlerschaft keine Verschiedenheiten auf. Man hat daher auch in der Literatur, wenn auch bisher spärlich, das Willensmoment zur Abgrenzung dieser beiden Verhältnisse verwendet.

§ 21.

Diejenigen sind nun freilich zu keinem befriedigenden Ergebnis gekommen, die lediglich den Willen allein als ausschlaggebendes Kriterium angesehen haben. Zu diesen gehören Cosak und Bunsen. Nach Cosak [1]) und Bunsen [2]) beruht die Besitzdienerschaft lediglich auf dem Willen des Besitzdieners. Will daher der Gewalthaber nicht besitzen, insbesondere nur die Macht eines anderen schützen und wahren, so ist er nicht Besitzer, mag auch die Sache sich äußerlich in seiner Machtsphäre befinden.

Mit Recht wendet sich dagegen Heß [3]). Denn nach dieser Auffassung könnte der Besitzdiener, wenn es ihm belieben würde, einfach durch seinen Willensentschluß allein Besitzer werden und umgekehrt. Dies müßte aber zu recht bedenklichen Konsequenzen führen. Wenn plötzlich der Knecht den Entschluß faßt, das Gespann seines Herrn für sich zu haben, so wäre er nach obiger Auffassung nunmehr Besitzer und nicht mehr Besitzdiener. Der Besitzer könnte ihm nicht mehr das Gespann abnehmen, sein Selbsthilferecht wäre durch diesen inneren Vorgang bei seinem Knechte beendigt; er wäre gezwungen, den Klageweg zu beschreiten. Oder: Die Zofe A benutzt die Maschine ihrer Herrin B. Diese untersagt ihr das. Gehorcht nun A und unterläßt den Privatgebrauch der Maschine, so ist sie Besitzdienerin. Faßt sie dagegen den Entschluß, die Maschine für sich zu gebrauchen, so wird sie Besitzerin. Wollte darauf die B, nachdem sich dieser Wechsel im Willen der A vollzogen hat, die Maschine gebrauchen, so würde sie sich einer Besitzstörung schuldig machen. Sie müßte erst wegen Besitzentziehung gegen die A klagen [4]).

Wir sehen somit, daß der Wille allein auch keine brauchbare Abgrenzung zwischen den beiden fraglichen Verhältnissen bilden kann.

[1]) cfr. a. O. S. 65.
[2]) cfr. S. 11 Einführung in das B. G. B. 97.
[3]) a. O. S. 34.
[4]) Ebenso Heß S. 54. a. O.

§ 22.

Der Besitzdiener- bezw. Besitzmittlerwille darf einerseits nicht innerlich bleiben, andererseits aber muß er sich nach außen hin nicht nur kund tun, sondern er muß in einer nach der Verkehrsanschauung gebotenen Form geäußert werden.[1]) Eine feste Form für diese objektive Aeußerung des Willens kann naturgemäß nicht aufgestellt werden. Vielmehr muß dies der Beurteilung des Einzelfalles überlassen werden Führen wir uns noch einmal das am Anfang dieser Abhandlung angeführte Beispiel vor Augen. Die Knechte verkauften dort die Sensen ihres Herrn an andere Schnitter. Es erhob sich die Frage, ob die Knechte zur Zeit des Verkaufs noch Besitzdiener, oder aber bereits Besitzer waren. Da sie den Entschluß gefaßt hatten, die Sensen als die ihrigen zu besitzen, und diesen Entschluß nach außen hin dadurch betätigten, daß sie durch das Verkaufsangebot als Verfügungsberechtigte erschienen, sind sie m. E. zur fraglichen Zeit bereits Besitzer gewesen. Dagegen ist der Knecht noch nicht Besitzer des Gespannes gewesen, als er den Entschluß faßte, dasselbe dem Herrn zu entwenden, sondern erst, als er in Betätigung dieses Entschlusses mit dem Gespann auf- und davonfuhr und so nach außen hin seinen Verfügungswillen über das Gespann dokumentierte. Nun ist hierbei allerdings zu beachten, daß diese Willensbetätigung, wie wir bereits hervorgehoben haben, in einer nach der Verkehrsanschauung gebotenen Form zum Ausdruck gebracht werden muß. So ist daher Oppenheim[2]) nicht zuzustimmen, wenn er sagt „mit dem Augenblick, wo der Besitzdiener den Willen faßt, den Weisungen des Herrn nicht mehr Folge zu leisten, und diesen Willen in die Tat umsetzt, wird der Besitzdiener zum Besitzer, da er nunmehr die tatsächliche Gewalt selbständig ausübt.“ Der Knecht der den Entschluß gefaßt hat, sich das Gespann des Herrn anzueignen und deshalb mit dem ersteren das Gehöft verläßt, um das Weite zu suchen, ist deshalb noch nicht zum Besitzer geworden. Tut er dies zur ungewohnten Zeit, also etwa in der Nacht, so wird für gewöhnlich seine Absicht, das Gespann für sich zu haben, mit anderen Worten, dasselbe zu stehlen, nach außenhin offenkundig. Führt er dagegen sein Vorhaben am Tage aus, so dürfte er beim Verlassen des Hofes, beim Passieren der Straße noch nicht als Besitzdiener anzusehen sein. Nach der

---

[1]) Ebenso Kreß a. O., ähnlich Gierke a. O. S. 4. Anm. 4
[2]) cfr. a. O. S. 37.

Verkehrsanschauung ist er noch Besitzdiener, der vielleicht in gewohnter Weise auf das Feld, in die Mühle oder anderswohin fährt. Hält er aber z. B. im nächsten Flecken vor dem Gasthause und verkauft einem dortigen Fremden das Gefährt, so zeigt er in erkennbarer Form nach außen hin seinen Besitzerwillen. Er ist Besitzer, der Käufer erwirbt Besitz an dem Gefährt. Hierbei drängt sich die Frage auf, wie denn bei einem eventuellen Widerspruch zwischen Wille und Erklärung zu entscheiden ist.

Frau A schickt ihre Köchin B zum Fleischermeister C, um für sie Einkäufe zu besorgen. Die B faßt den Entschluß, die Wurst für sich zu behalten und sie dem Musketier D zu schenken. Sie erklärt aber dem C, die Wurst sei für ihre Herrin A. Sie wird daher, da ihr Wille, die Wurst für sich zu haben, nicht in einer nach der Verkehrsanschauung gebotenen Form erkenntlich wird, hinsichtlich der Wurst Besitzdienerin der A. Erklärt sie aber, die Wurst sei für sie und schenkt sie dann dieselbe dem D, so erscheint sie durch eine solche Handlungsweise dem Verkehr als verfügungsberechtigt. Sie wird Besitzerin und D erwirbt Besitz [1]). Wir wiederholen also, es muß die Betätigung des Willens der Verkehrsauffassung entsprechen. Wir können daher auch nicht die Ansicht von Kreß [2]) billigen, welcher annimmt, der Verwahrer sei nicht schlechthin als Besitzer anzusehen. Er sei z. B. dann Besitzdiener, wenn die Verwahrungskosten im Voraus entrichtet seien, sodaß er an der Verwahrung der Sachen kein Interesse mehr habe, er lediglich für den anderen besitze. Die Verkehrsanschauung stimmt doch darüber überein, daß der nach außen geäußerte Wille des Verwahrers dahin geht, die Sache aus eigenem Recht zu besitzen. Die Tatsache hat wenig zu bedeuten, daß einigen bekannt ist, der Verwahrer will die Sache lediglich für den Hinterleger besitzen. Die Besitzdienerschaft ist eine Erscheinung des Verkehrs; will daher der Verwahrer aus seinem bisherigen Verhältnis heraustreten und Besitzdiener werden, so muß dies besonders hervortreten und dem Verkehr allgemein erkenntlich gemacht werden.

Ich fasse nunmehr das Ergebnis meiner Untersuchung dahin zusammen:

Der Grenzbegriff zwischen Besitzdiener und Besitzmittler insbesondere den Verwahrungsbesitzer liegt in dem Besitzdiener- bezw. Besitzerwillen, der in einer

[1]) a. M. Frank a. O. S. 29.
[2]) a. O.

nach der Verkehrsauffassung gebotener Form geäußert werden muß.

§ 23.

Sehen wir zu, wie mit Hilfe unseres gefundenen Grenzbegriffes die überaus strittige Frage, ob Vorstände von juristischen Personen und gesetzliche Vertreter als Besitzdiener oder als Verwahrungsbesitzer zu betrachten sind.

Die einen erachten auf Grund des § 868 die Korporation als die mittelbare Besitzerin, den Vorstand als den unmittelbaren Besitzer [1]).

Andere wiederum erklären den Vorsteher für den Besitzdiener [2]).

Strohal [3]) stellt sich auf den Standpunkt, daß der Vorstand sowohl als Besitzer, als auch als Besitzdiener angesehen werden könne; es komme auf den einzelnen Fall an.

Kniep vertritt die Meinung, daß nur der gesetzliche Vertreter Besitzer sei, da eine juristische Person nicht besitzfähig sei. Eine weitere Ansicht geht dahin, daß der Vorstand weder Besitzer noch Besitzdiener sei, daß vielmehr lediglich die Korporation Besitz an den Sachen habe, die sich in den Händen des Vorsitzenden befänden [4]).

Dernburg endlich vertritt die Meinung, daß zwar die gesetzlichen Vertreter, wie Pfleger, Testamentsvollstrecker u. a. als Besitzer zu erachten seien, nicht aber die Vorstände von juristischen Personen, die lediglich Besitzdiener seien [5]).

Als unzutreffend ist die Lehrmeinung abzulehnen, welche annimmt, daß der Vorstand der unmittelbare Besitzer sei, während die juristische Person den mittelbaren Besitz habe. Denn, wie schon erwähnt, ist für die Annahme eines zur Erlangung des mittelbaren Besitzers im Sinne des § 868 geeigneten, ähnlichen Verhältnisses erforderlich, daß durch ein konkret bestimmtes obligatorisches oder infolge eines dinglichen Rechtes an der Sache entstandenen dinglichen Rechtsverhältnisses ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht des unmittelbaren Besitzers begründet ist. Die Schaffung eines derartigen konkreten, bestimmten

[1]) Gruchot 42, S. 668, Leonhard a. O. S. 63, Plank Anm. zu 854, Kretschmer a. O. u. a.
[2]) Wendt in civil. Praxis 87 Bl. 66, Jsay a. O. S. 284.
[3]) Jher. Jahrb. 38 S. 16.
[4]) Gruchot Bd. 43, S. 544, Turnau Förster a. O. Anm. zu § 855, R. d. O. L. G. Bd. 5 S. 188 u. a.
[5]) B. G. B. 1908 S. 56.

Rechtsverhältnisses ist allerdings nicht unmöglich. Es kann dem Vorstand z. B. durch die Satzungen eine rechtlich gesicherte und selbständige Vertretungsmacht verliehen sein, sodaß er sie auch, was Besitz anlangt, ausübt. In diesem Falle wären allerdings die Erfordernisse des § 868 gegeben. Der Vorstand wäre als Besitzer zu betrachten. Doch dies dürfte selten vorkommen, bildet also die Ausnahme. Im allgemeinen hat der Vorstand die Verwaltungspflicht kraft seines Amtes, nicht infolge eines konkret bestimmten Rechtsverhältnisses.

Nicht ausreichend ist, was Gaertner[1]) annimmt, die Tatsache allein, daß dem Vorstand kraft statuarischer und gesetzlicher Bestimmungen ein weiter Spielraum für das eigene Ermessen zusteht, desgleichen auch nicht der Umstand, daß er ein Prüfungsrecht hinsichtlich des formell gesetzlichen Zustandekommens der ihm übermittelten Anweisungen hat. Auch der Knecht, der mit dem Pfluge den Acker seines Herrn pflügt, kann den Pflug so stellen, die Geschirre der Pferde so ordnen, wie er es für den erwähnten Zweck für erforderlich hält. Er wird auch den schadhaft gewordenen Pflug im allgemeinen ohne weiteres ausbessern, das Pferd, welches ein Hufeisen verloren hat, beschlagen lassen können. Allerdings kann er hierin von seinem Herrn besschränkt werden; aber auch dem Vorstand einer Korporation kann der weite Spielraum für sein freies Ermessen durch Beschluss der letzteren genommen bezw. beschränkt werden.

Abzulehnen ist auch die Ansicht von Kniep. Er stützt seine Meinung darauf, daß eine juristische Person keine wirkliche Person sei, daher auch keinen Besitz haben könne. Geht man davon aus, daß die juristische Person eine fingierte Person ist, so hat Kniep allerdings Recht, denn eine fingierte Person ist eine Nichtperson und eine solche kann nicht besitzen. Doch diese Auffassung von dem Wesen der juristischen Person, wie sie freilich nach einer verbreiteten Ansicht im römischen Recht vorherrschte, ist längst überwunden. Es ist vielmehr bei der Beurteilung des Wesens der juristischen Person davon auszugehen, daß diejenigen sozialen Organismen, welche man juristische Personen nennt, gleich dem Menschen wirkliche Wesen sind und ebenso wie dieser nur vom Recht Rechtsfähigkeit erlangen. Denn wie der Mensch zum Rechtssubjekt erst wird, indem ein Rechtssatz ihm Rechtsfähigkeit gibt, so ist eine juristische Person der vom Recht als solcher anerkannter Personen-

[1]) a. O.

verein oder die vom Recht als rechtsfähig anerkannte, bestimmten Zwecken dienende äußere Erscheinung, immer wird also ein wirklich vorhandenes Wesen vorausgesetzt [1]). Die Verbandsperson fällt daher mit dem Personenverein zusammen. Sie besteht aber keineswegs, wie Kniep [2]) annimmt, neben dem Personenverein; auch ist sie nicht eine reale Verbandsperson, die, da Besitz ein körperliches Verhältnis von Person zur Sache darstellt, nicht besitzen könnte. Kniep's Ansicht ist daher unhaltbar.

Abzulehnen ist ferner die oben erwähnte Meinung derer, die annehmen, daß alle gesetzlichen Vertreter der Regel nach weder selbst Besitzer noch Besitzdiener sind, vielmehr den Besitz der vertretenen Personen, welche allein die Besitzer sind, lediglich betätigen. Das Kammergericht, das dieselbe Ansicht vertritt, führt darüber folgendes [3]) aus: Der gesetzliche Vertreter ist der juristischen Person nicht als unmittelbarer Besitzer nebengeordnet; er ist nicht von ihr zu trennen, er ist die juristische Person selbst. In ihm konzentrieren sich sämtliche Lebensäußerungen der juristischen Person, sie handelt durch ihn und in ihm, und durch ihn übt sie auch die tatsächliche Gewalt über die Sachen aus, die sich in den Händen des Vorsitzenden befinden".

Übt aber, wie das Kammergericht ausführt, die juristische Person die tatsächliche Gewalt durch den Vorstand aus, und übt sie daher dieser für sie aus, so sind meines Erachtens die Voraussetzungen des § 855 gegeben. Der Vorstand ist dann als Besitzdiener anzusehen.

Richtig ist die Ansicht derer, welche Besitz lediglich der juristischen Person zuschreiben, den Vorstand dagegen als Besitzdiener ansehen. Sie begründen dies damit, daß sie ausführen, der Vorstand der juristischen Person übe über die Gegenstände, die ihm in die Hand gegeben werden und zur Verfügung stehen, sei es zur Aufsicht und Verwahrung, sei es auch zur Benutzung, die Macht doch nur im Namen der Korporation und auch nur für dieselbe aus [4]), bezw. daß diese Personen erkennbar nicht für sich besitzen und den Weisungen anderer Gesellschaftsorgane Folge zu leisten haben [5]).

Auch wir kommen auf Grund unseres gefundenen Grenzbegriffs zu demselben Ergebnis. Die Vorstände von juristischen Personen wollen die ihnen anvertrauten Sachen

---

[1]) cfr. Engelmann B. G. B. 1906 S. 57.
[2]) cfr. a. O.
[3]) cfr. R. d. O. S. G. Bd. 5 S. 150.
[4]) cfr. Wendt a. O.
[5]) Dernburg S. 56 a. O.

nicht für sich, sondern lediglich für die betreffende Korporation haben; dies zeigen sie auch in einer von der Verkehrsauffassung gebotenen Form nach außen, indem sie eben als Vorstand der Korporation auftreten, von dem man ja weiß, daß er die Gegenstände der juristischen Person nicht selbständig für sich, sondern lediglich für diese inne hat. Wenn aber der Vorstand Sachen der Korporation in seiner eigenen Wohnung hat, z. B. der Kassierer die ordnungsmäßigen Bücher der Korporation, so wird er zwar hinsichtlich dieser Gegenstände den Besitzdienerwillen haben, aber nach außen hin erscheint er nicht mehr als solcher. Sein Wille ist nicht mehr der Verkehrsanschauung kenntlich, welche über Gegenstände in der eigenen Wohnung auch einen eigenen Herrschaftswillen präsumiert.

Anders freilich wäre wohl der Fall zu beurteilen, wenn z. B. der Kassierer von der Korporation einen Schranken erhält, welcher lediglich zur Aufbewahrung der Gegenstände der Korporation dienen soll. Dann dürfte sein Besitzdienerwille nach außen hin hinreichend dokumentiert sein.

Hingegen sind gesetzliche Vertreter, wie Pfleger, Vormund, Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter nicht Besitzdiener, sondern Besitzer. Ihr Wille geht nämlich dahin, die ihnen anvertrauten Gegenstände selbständig und nach besten Wissen und Gewissen zu verwalten. Dieser ihr Wille ist auch dem Verkehr erkenntlich. Denn das Gesetz verlangt von ihnen nach Beendigung des Amtes strenge Rechnungslegung mit eventueller Schadenshaftung. (cfr. B. G. B. §§ 1833, 1890, 1219 K. O. § 96).

Auch nach Dernburg [1]) sind die genannten gesetzlichen Vertreter als Besitzer anzusehen, weil sie, wie er ausführt, nicht den Weisungen derjenigen unterständen, deren Vermögen sie zu verwalten hätten.

§ 24.

Eine ebenso bestrittene Frage, ob Besitz bezw. Verwahrungsbesitz, oder Besitzdienerschaft vorliegt, bilden die Fälle der sogenannten momentanen Detention.

Endemann [2]), Kniep [3]), Mathias [4]), Strohal [5]) vertreten den Standpunkt, daß hier Besitzdienerschaft vorliegt.

---

[1]) cfr. a. O.
[2]) S. 134 Lehrb. 1900.
[3]) a. O. S. 36.
[4]) B. G. B. S. 6 (1900).
[5]) Sachbesitz S. 12.

Hingegen wollen Oppenheim [1]), Plank [2]), Sprenger [3]), indem sie sich an Ihering [4]) anschließen, die strittige Frage dahin entschieden wissen, daß bei unentgeltlicher Überlassung der Sache Besitzdienerschaft, bei entgeltlicher Überlassung hingegen Besitz vorliegen soll. Eger [5]) wiederum will in allen Fällen Besitz annehmen. Biermann [6]), Goldmann-Lilienthal [7]), Franz Leonhard [8]) wollen weder Besitz noch Besitzdienerschaft annehmen, da der momentane Detentor nicht die tatsächliche Gewalt ausübe. In den Fällen der momentanen Detention liege, wie Goldmann-Lilienthal [9]) ausführt, der Fall eben nicht anders, als wenn man z. B. die Sache an einen daneben stehenden Tisch legte.

Diese letzte Ansicht dürfte unhaltbar sein. Denn es ist doch etwas ganz anderes, ob ich eine Sache auf einen in der Nähe stehenden Tisch lege, oder aber dieselbe auf kurze Zeit einem anderen überlasse. Im ersteren Falle bleibt weiterhin nur eine Beziehung der Sache zur Person bestehen. Im zweiten Fall dagegen entsteht eine neue Beziehung der Sache zu der anderen Person und desgleichen eine Beziehung zwischen den beiden Personen. Diese neu entstandenen Beziehungen können doch aber keineswegs vom rechtlichen Standpunkte als eine Null angesehen werden. Sie müssen sich m. E. als Besitz- oder Besitzdienerverhältnis charakterisieren lassen.

Die Meinung Eger's, daß in diesen Fällen stets Besitz anzunehmen ist, ist abzulehnen. Denn sonst müßte der momentanen Detention stets ein ausdrücklich oder stillschweigend erklärter Miets- bezw. Leihvertrag zu Grunde liegen, wodurch dann gemäß § 868 B. G. B. der Detentor Besitzer wäre. Gewiß ist zuzugeben, daß solche Fälle denkbar sind; doch bilden sie jedenfalls die Ausnahme und nicht die Regel. Die Fälle der momentanen Detention kennzeichnen sich im allgemeinen als bloße Gefälligkeitsakte, denen keinerlei Rechtsgeschäfte zu Grunde liegen.

Der Gruppe, die sich Ihering anschließt und die die strittige Frage nach der Entgeltlichkeit bezw. Unentgeltlichkeit der Überlassung entschieden wissen will, ist auch nicht beizu-

---

[1]) a. O. S. 29.
[2]) Anm. zu 855 a. O.
[3]) a. O. S. 65.
[4]) Besitzwille 1889 S. 155.
[5]) Vertretung beim Eigentumserwerb . . Diss. Gießen 1900.
[6]) a. O. Anm. 2a zu S. 55.
[7]) S. 4 ff. (B. G. B. 1905).
[8]) a. O. S. 65.
[9]) a. O.

treten. Gewiß ist nicht zu verkennen, daß in der entgeltlichen Überlassung der Sache ein Mietsvertrag zu sehen ist, und somit auch der Detentor in diesen Fällen als Beisitzer im Sinne des § 868 B. G. B. erscheint. Ebenso gewiß ist aber auch nicht zu verkennen, daß der momentanen Detention auch ein Leihvertrag zu Grunde liegen kann, und daß auch in diesem Falle, obwohl die Entgeltlichkeit wegfällt, der Detentor nach § 868 als Besitzer angesehen werden muß.

Es bleibt nur noch übrig, die Ansicht derer kurz zu prüfen, die in den fraglichen Fällen durchweg Besitzdienerschaft annehmen. Um in der vorliegenden Frage überhaupt eine richtige Entscheidung treffen zu können, muß man sich zweierlei vor Augen halten. Einerseits nämlich, daß die Fälle der sogenannten momentanen Detention, wie bereits erwähnt, in der Regel bloße Gefälligkeitsakte sind, andererseits auch, daß bei der Besitzdienerschaft der die Gewalt über die Sache Ausübende nicht ein eigenes, von den Weisungen des anderen unabhängiges Recht zur Benutzung der Sache hat. Hält man dies fest, so wird man bei Anwendung unseres gefundenen Abgrenzungsmerkmals zwischen Besitzdiener und unmittelbaren Besitzer bezw. Verwahrungsbesitzer sagen müssen: In der Regel charakterisieren sich die Fälle der momentanen Detention als Besitzdienerschaft. Denn der Detentor, dem die Sache lediglich aus Gefälligkeit für kurze Zeit überlassen ist, hat den Willen, diese nicht aus eigenem, sondern aus fremden Recht zu haben. Dieser sein Wille gelangt auch nach außen deutlich zum Ausdruck. Denn der Verkehrsanschauung ist es ohne weiteres erkenntlich, daß derjenige, dem z. B. von seinem Mitreisenden das Kursbuch zwecks Orientierung auf kurze Zeit überlassen wird, lediglich aus fremden Recht die Sache innehat und jederzeit zur Herausgabe derselben an den anderen verpflichtet ist. Man wird allerdings zugeben müssen, daß bei der momentanen Detention auch Fälle denkbar sind, in denen der Detentor nicht Besitzdiener, sondern Besitzer ist. So dürfte z. B. der Gast, der sich in einem Restaurant Speisen bestellt, Besitz nicht nur an der Speise selbst, sondern auch an dem Teller, auf dem ihm die Speise gebracht wird, an dem Messer und der Gabel, die ihm zum Gebrauch geliefert werden, erlangen. Durch den in der Bestellung und deren Annahme liegenden Vertrag hat der Gast ein Recht auf die Benutzung des Tellers und der Gabel und des Messers während der Eßzeit erworben. Er will daher auch auf Grund dieses Vertrages aus seinem

Rechte während der zum Essen erforderlichen Zeit die Gegenstände benutzen. Dieser Wille wird auch nach außen hin hinreichend dokumentiert, denn die Verkehrsanschauung setzt es als selbstverständlich voraus, daß der Gast im Wirtshaus während des Essens ein Recht auf die Benutzung der ihm zu diesem Zwecke gelieferten Gegenstände hat, und daß ihm diese während der fraglichen Zeit nicht abgefordert werden können. R. Leonhard[1]) spricht aber auch in diesem Falle dem Gaste an den Gegenständen, mit denen er bedient wird, den Besitz ab und stellt ihn dem Besitzdiener gleich. Er begründet dies damit, daß er sagt, der Gast habe wohl einen Ausschließungswillen hinsichtlich der Sache anderen gegenüber, in der Regel aber nicht den Willen, diese Ausschließung durch Klage bewirken zu können oder, was nach seiner Ansicht noch richtiger ist, die Rechtsordnung sei nicht gewillt, für ein derartiges vorübergehendes und unbedeutendes Verhältnis einen Klageschutz zu gewähren.

Die Auffassung R. Leonhards, der Gast im Wirtshause sei hinsichtlich der Gegenstände mit denen er bedient wird, als Besitzdiener anzusehen, weil das Gesetz nicht gewillt sei, solchen vorübergehenden Verhältnissen Besitzerschutz zuzusprechen, dürfte m. E. nicht zutreffend sein. Nach § 857 geht der Besitz auf den Erben über. Unzweifelhaft kann es und wird es besonders zu Kriegszeiten und bei Epidemien recht oft vorkommen, daß der Erbe ganz kurz vielleicht schon eine oder eine halbe Stunde nach dem Erblasser stirbt. Und doch ist ihm trotz der kurzen Dauer dieses Verhältnisses der Besitzerschutz vom Gesetze gesichert gewesen. Daher dürfte er auch dem Besitzdiener zukommen.

Auch hier dürfte es von Interesse sein auf die Feststellung R. Leonhards[2]) hinzuweisen, daß man auch in der englischen Praxis den Gast im Wirtshause dem Besitzdiener gleichgestellt hat, wobei man von dem Grundsatz ausging, daß Gäste im allgemeinen in ihrer rechtlicher Stellung gegenüber den ihnen überlassenen Sachen den Dienern gleichständen.

Wir kommen somit zu folgendem Ergebnis: In den Fällen der sogenannten momentanen Detention ist für die Regel Besitzdienerschaft anzunehmen. Gründet sich aber die Detention auf ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 B. G. B., so liegt Besitz vor.

---

[1]) a. O. S. 54
[2]) a. O.

Benutzte Literatur.

Affolter im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 12 S. 42 ff. und B. 17 S. 10.

Barfuhrt, der Begriff des Besitzdieners, Dissertation Rostock 1905.

Baron, zur Lehre vom Besitzwillen, Iherings Jahrb. Bd. 29 S. 236 ff.

Bartels in Gruchot's Beiträgen Bd. 42 S. 345 ff.

Bähr, kritische Vierteljahrsschrift Bd. 30 S. 481 ff.

Bekker, der Besitz beweglicher Sachen in Iherings Jahrbüchern Bd. 34 S. 1–81.

Bendix, Besitzlehre des B. G. B., Hannover 1905.

Biermann, das Sachenrecht des B. G. B., Berlin 1898.

Brinz A. u. M. Seydel, kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung

Bunsen, Einführung in das B. G. B., Sachenrecht Rostock 1897.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Auflage Jena 1900.

Cosack, das Sachenrecht im Entwurf I, Bekker's und Fischers Beiträge, Heft 13 Berlin 1889.

Cossmann, das Wesen des Besitzdieners, Dissertation Leipzig 1908.

Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts Bd. III, Tübingen 1905.

Dernburg, das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, Halle 1908.

Eger, Vertretung beim Eigentumserwerb beweglicher Sachen, Dissertation Giessen 1900.

Endemann, Lehrb. des bürgerlichen Rechts, Bd. II 1. Teil, Berlin 1905.

Endemann, Einführung in das Studium des bürgerlichen Rechts Berlin 1905 Bd. II Sachenrecht.

Enneccerus-Lehmann, das bürgerliche Recht, Marburg 1901, 2. Auflage, II. Bd.

Fischer, das Sachenrecht in Sammlungen von Vorträgen über den Entwurf eines B. G. B. Heft III, Berlin 1896.

Förtsch, Besitz durch gesetzliche Vertreter in Gruchots Beiträgen Bd. 43 S. 544 ff.

Frank, der Besitzwille nach dem B. G. B., Dissertation, Bonn 1898.

Gaertner Max, die Berechtigung zur Klage wegen Besitzverlustes im gemeinen Recht, Dissertation Breslau.

Gierke, Bedeutung des Fahrnisbesitzes Heft 4 der Abhandlungen' herausgegeben von Fischer.

Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. II, Leipzig 1905.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 56, Stuttgart 1905, S. 130 ff.

Goldmann E. u. S. Lilienthal Bd. II erster Teil Berlin 1905.

Hess Willy, der Besitzdiener des § 855 B. G. B. Dissertation, Jena 1904.

Jsay, Geschäftsführung nach dem B. G. B. für das Deutsche Reich, Jena 1900.

Kniep, der Besitz des B. G. B. Jena 1900.

Kohler, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 18 S. 82.

Kommentar der Reichsgerichtsräte zum B. G. B. 1910.

Kress Hugo, Besitz und Recht, Nürnberg 1909.
Kretschmer Ferdinand, das Sachenrecht des B. G. B. Leipzig 1906.
Landsberg, Recht des B. G. B. Bd. II Berlin 1904.
Leonhard Franz, Vertretung beim Fahrniserwerb, Leipzig 1899.
Leonhard Rudolf in der Festschrift für Gierke, Weimar 1911.
Leske Franz, das bürgerliche Recht, Berlin 1900.
Maenner Karl, Sachenrecht des B. G. B. 2. Auflage München 1906.
Mathiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1900.
Meissner, B. G. B., Sachenrecht, Breslau 1901.
Müller Gustav und Georg Meikel, das bürgerliche Recht des deutschen Reiches I. Band 2. Auflage, München 1904.
Oppenheim, Begriff und Stellung des Besitzdieners, Diss. Jena 1900.
Plank, Kommentar zum B. G. B. 1905.
Protokoll der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines B. G. B.
Raape, Besitzerwerb ohne Besitzwillen nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Bonn 1901.
Scheiff, das Dynamitgesetz.
Sokolowski Paul, Philosophie im Privatrecht, 2. Band, Halle 1907.
Sprenger, der Besitzdiener, Dissert. Rostock 1902.
Staudinger, B. G. B. 3. Band, Sachenrecht 5/6 Auflage, München-Berlin 1910.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des Deutschen Privatrechts Berlin 1896.
Strohal Emil, Sachbesitz nach dem B. G. B. Jena 1897.
Strohal in Ih. Jahrbüchern Bd. 38 S. 1 ff., Bd. 29 S. 336 ff.
Turnau-Förster, das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preussischen Ausführungsbestimmungen, Paderborn 1907.
Wendt, Besitz und Innehabung (Archiv für zivilistische Praxis Bd. 74).
Wendt, der mittelbare Besitz, ebenda, Bd. 87, S. 64 ff.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, I. Bd. 9. Auflage, Frankfurt.